Der Begriff des Tatumstandes im Sinne des § 59 R.-St.-G.-B.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur Erlangung der

Rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Georg Müller

Gerichts-Assessor aus Metz.

ACAD. LUDOVIC. BAT. BIBL.

SCHILTIGHEIM
Druck von BARTL & REIMANN
1912.

Referent: Professor Dr. Fr. Oetker.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549801_0031

Einteilung.

Seite

A. Einleitung: Kap. 1 9

B. Vorfragen: Kap. 2 Das Wesen der Schuld 10
a) Der Gesetzgeber hat die Bestimmung des Begriffs Schuld der Rechtslehre und der Rechtsprechung überlassen . 10
b) Vorsatz und Fahrlässigkeit 11
c) Die Verschiedenen Ansichten über das Wesen der Schuld 12
d) Das Wesen der Schuld ist die Pflichtwidrigkeit der Willensbetätigung . . 16

Kap. 3 Die Bedingungen für die Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit 25
a) Innere Bedingung 26
b) Aeussere Bedingung 26

Kap. 4 Der „gesetzliche" Tatbestand i. S. des § 59 26

Kap. 5 Tatumstände, „welche die Strafbarkeit erhöhen" 31

Kap. 6 Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit sind nicht Tatumstände 32
a) Rechtswidrigkeit 32
b) Strafbarkeit 33

C. Der Begriff des Tatumstandes i. S. des § 59

Kap. 7 Behandlung des Begriffs in der Literatur . 35

Kap. 8 Ueberblick über die Entwicklungsgeschichte des Paragraphen 41

Kap. 9 Begriffsbestimmung 44

D. Einzeluntersuchungen:

Kap. 10 Der Subsumtionsirrtum 51

Kap. 11 Deliktausschliessungsgründe 58
A) Allgemeines 58
B) Einzelne Fälle 59
a) Putativnotwehr, Putativnotstand . . . 61
b) Obrigkeitliche Erlaubnis 62

Seite

c) Einverständnis des Verletzten 62
d) Sonstiges besonderes Recht zur Vornahme der Handlung 62
e) Gutgläubige Annahme, die Handlung sei rechtmässig 63
Kap. 12 Strafausschliessungsgründe 64
Kap. 13 Strafaufhebungsgründe 67
Kap. 14 Strafminderungsgründe 67
Kap. 15 Mildernde Umstände 74
Kap. 16 Gründe, welche die Strafbarkeit erhöhen . 75
I) Diejenigen, von deren Kenntnis ihre Zurechnung zur Schuld des Täters abhängt 75
II) Diejenigen, welche dem subjektiven Tatbestand angehören 76
III) Qualifizierender Erfolg 77
IV) Sonstige Bedingungen, deren Gegebensein objektiver richterlicher Würdigung unterliegt 77
Kap. 17 Bedeutung der besonderen Hervorhebung der „Rechtswidrigkeit" im Tatbestand . . 78
a) Das Wort „rechtswidrig" bezieht sich auf einzelne Tatbestandsmerkmale . . 79
b) Es bezieht sich auf den ganzen Tatbestand 80
c) Rechtswidrige „Absicht" 81
d) „Einem gesetzlichen Verbot zuwider" 81
e) Ergebnis 81
Kap. 18 „Rechtmässigkeit" der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt . . . 82
Kap. 19 Symptomatische Bedingungen der Strafbarkeit 84
Kap. 20 Eignung der Handlung zur Herbeiführung des Erfolges 86
Kap. 21 Error in objecto 87
Kap. 22 Die gesetzlichen Verbote, Massregeln Verordnungen pp. in den Blankettstrafgesetzen 88
E. Ergebnis 89

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht. 1904.
Basedow, Die strafrechtliche Verschuldung, 1898.
Belling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.
Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, 1872.
— Lehrbuch, besonderer Teil, 2 A, 1902.
Birkenmeyer, Zur Lehre von der Fahrlässigkeit, in krit. Viertelj.-Schr. N. F. Bd. X.
Blume, Tatbestandskomplemente, 1906.
Bohlmann, Der Irrtum im Strafrecht, 1911.
v. Buri, Im Ger. S. Bd. 29.
Busch, Gefährdungsvorsatz, 1897.
Daniel, Der Irrtum über Strafminderungsumstände, 1911.
Finger, Lehrbuch d. deutschen StR. I 1904.
Frank, Das StGB. für d. deutsche Reich 1911.
— Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs in Festschr. f. d. jur. Fak. Giessen, 1907.
Goltdammer, Die Materialien z. StGB. f. d. preuss. Staaten, Teil I. 1851.
Hälschner, Das gemeine deutsche StR, Bd. I. 1881.
Hammerer, Der Einfluss des Rechtsirrtums, 1890.
Heinemann, Die Binding'sche Schuldlehre, in Abh. d. krim. Seminars Bd. I 1888.
Heintze, im Ger. S. 13.
Heitz, Das Wesen des Vorsatzes, 1885.
v. Hippel, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum in vergl. Darst. A Bd. 3.
Kahn, Der ausserstrafrechtliche Rechtsirrtum, 1900.
Klee, Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz, 1897.
Köhler, Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, 1904.
Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff, I. Teil, 1903.
Krug, Die besonderen Umstände der Teilnehmer, 1899.
Liepmann, Einleituug in das StR. 1900.
v. Liszt, Lehrbuch 1903, 1908.
Löffler, In Grünh. Ztschr. Bd. 20.
Lucas, Subjektive Verschuldung, 1883.
M. E. Mayer, Kulturnormen und Rechtsnormen, 1903.
— Die schuldhafte Handlungen und ihre Arten, 1901.
— Deutsches Militärstrafrecht, 1907.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch I, 1911.
Merkel, Lehrbuch, 1889.
— in Holtzendorff's Handb. III.
Miricka, Die Formen der Strafschuld, 1903.
Oetker, Ueber den Einfluss des Rechtsirrtums, 1876.
Olshausen, Kommentar I, 1909, II, 1910.
Oppenhoff, Kommentar.
Ortmann, im Ger. S. 29, 30.
Rüdorf, StGB. f. d. deutsche Reich 1877.
Schweizer, Zur Lehre vom Irrtum, 1906.
Simon, im Ger. S. 32, 1880.
Singer, Ueber den Einfluss des Rechtsirrtums, 1909.
Westercamp, Muss sich der zur strafrechtlichen Verschuldung erforderliche Bewusstseinsinhalt auf die rechtliche oder sittliche Wertung der Handlung erstrecken? 1907.
v. Weinrich, In Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswissensrh. Bd. 17.

Jahrbuch des deutschen Strafrechts und Strafprozesses, Bd. 1—6, (zit. nach dem Druckjahr).
Juristische Wochenschrift, 37 u. 38.
Recht, 12, 13, 14.
Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Str. S. II, III, IV, V, XII, XIII, XIX, XXII, XXIII, XXIV, XXXIII, XLIII.
Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts Bd. I—V, VIII—XIV.

Einleitung.

Nach § 59 StGB. ist die Kenntnis von Tatumständen, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, Voraussetzung ihrer Zurechnung zur Schuld dessen, der eine objektiv strafbare Handlung begangen hat.

Nach Abs. 1 gilt dieser Grundsatz für den Vorsatz ohne weiteres, der Absatz 2 schränkt ihn für die Fahrlässigkeit insofern ein, als hier die Unkenntnis der Tatumstände dem Täter nur dann nützen soll, wenn sie selbst nicht auf eine Vernachlässigung der von unserer Kultur geforderten Sorgfalt zurückzuführen ist.

Unkenntnis ist aber nicht nur das Fehlen jeglicher Vorstellung von dem Tatumstand, es gehört vielmehr hierher auch das Fehlen der richtigen Vorstellung von ihm[1]).

Die richtige Kenntnis wird vermittelt durch richtige Wahrnehmung sinnfälliger Tatsachen, von Eigenschaften usw. in Verbindung mit einem gewissen auf allgemeinen und besonderen Erfahrungen beruhenden menschlichen Urteil. Ursache des Mangels richtiger Kenntnis und der Unkenntnis ist falsche Wahrnehmung und irrtümliche Beurteilung.

Beide Arten der Unkenntnis werden in der Rechtslehre allgemein als „Irrtum" bezeichnet, unrichtige Kenntnis als Irrtum im engeren Sinne.

Die Untersuchung des Begriffs „Tatumstände im Sinne des § 59" gehört zur Schuldlehre, und es muß ihr notwendig eine allgemeine Stellungnahme zu dieser vorausgeschickt werden.

---

[1]) Kohlrausch, Irrtum und Schuld I S. 7, Haelschner I S. 250, Olshausen, Anm. 7 zu 59.

Mit Rücksicht darauf, daß der § 59 nur solche Tatumstände betrifft, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, empfiehlt es sich ferner, den Begriff „gesetzlicher Tatbestand“ und die Bedeutung des zweiten Relativsatzes zu prüfen, ehe an die eigentliche Aufgabe herangetreten wird.

Kapitel 2.

Das Wesen der Schuld.

a) Der Gesetzgeber hat die Begriffsbestimmung der Rechtslehre und der Rechtsprechung überlassen.

Worin besteht also das Wesen der Schuld, ohne welche nach allgemein anerkanntem Grundsatz keine Strafe sein soll? Das Strafgesetzbuch gibt keine Begriffsbestimmung, weder für den Oberbegriff Schuld, noch für die von ihm verwendeten Arten schuldhafter Betätigung: den Vorsatz und die Fahrlässigkeit.

Der Gesetzgeber hat vielmehr die Bestimmung dieser Begriffe der Rechtslehre überlassen, wie dieses schon für das preußische Strafgesetzbuch von 1851, welches der Schöpfung unseres heutigen Strafgesetzbuches zugrunde gelegt wurde, der Fall war, und für welches das Schweigen über die genannten Begriffe nach Goltdammer (Materialien I, S. 236) damit motiviert wurde: „daß die Gesetzgebung vielfach vergeblich versucht habe, jene Lehren und die Grenzen der beiden Begriffe untereinander in bestimmte, zugleich dispositive Formeln zu bringen; daß sie daher in dieser Hinsicht das Feld lediglich der Doktrin überlassen und dem Richter vertraut habe, daß ihn diese und mit ihr die lebendige praktische Anschauung leiten werde“.

Diese Aufforderung an die Rechtslehre und die Praxis zur Ausbildung der genannten Begriffe gilt auch noch heute. Insbesondere gilt auch für heute noch, daß die lebendige praktische Anschauung für die Schuldlehre maßgebend sein soll, und daher ist es durchaus unrichtig, wenn einige Autoren glauben, bei der Auslegung des § 59 StGB., dem sie die Bedeutung beimessen, als regle er den für die Schuldfrage beachtlichen Irrtum erschöpfend, Halt machen zu müssen vor der Auffassung, welche zur Zeit der Entstehung unseres Strafgesetzbuchs die herrschende war, daß nämlich nur der Tatirrtum beachtlich sein solle, Rechtsirrtum dagegen dem Täter nicht helfen könne (in welchem Sinn es richtig ist, daß der § 59 nur den Tatirrtum regelt, darüber in Kap. 9 und 23).

b) Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Der Vorsatz wird vom Standpunkt der Willenstheorie definiert als „das Wissen und Wollen sämtlicher Deliktsmerkmale" einschließlich des Erfolges. (So Olshausen Note 16 zu 9.) Als Vertreter der Vorstellungstheorie bestimmen ihn von Liszt[2]) als „die die Willensbetätigung begleitende Vorstellung des Erfolges", Frank[3]) als „Kenntnis der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden oder die Strafbarkeit erhöhenden Umstände" (die letztere Definition in engster Anlehnung an den Wortlaut des Abs. 1 des § 59 StGB.).

Beide Theorien haben gemeinsam das Erfordernis der Kenntnis (= Vorstellung) der Tatbestandsmerkmale bezw. Tatumstände, auf die es hier alleine ankommt. Es kann daher davon abgesehen werden, zu diesen Theorien Stellung zu nehmen. Es genügt für uns zu wissen, was vorgestellt sein muß, damit eine Handlung als vorsätzlich begangen angesehen werden kann; was der Täter gewollt haben muß, ist für die Bestimmung des beachtlichen Irrtums ohne Bedeutung. Der § 59 behandelt nur die Wissenseite, nicht die Willenseite der Schuld.

[2]) Lehrbuch 1903, S. 171.
[3]) Kommentar 1911, S. 134.

Ist nun für den Vorsatz positive Kenntnis, positive Vorstellung zu verlangen, so genügt für die Fahrlässigkeit Kennenmüssen und Nichtkennen wegen Vernachlässigung der nach den Umständen gebotenen Vorsicht.

Fahrlässigkeit ist also pflichtwidriger Mangel einer richtigen Vorstellung, deren Vorhandensein den Vorsatz begründen würde.

Daraus ergibt sich, daß der Gegenstand der Unkenntnis, des Irrtums bei beiden Schuldarten gleich ist, daß also für die Untersuchung des Begriffs der Tatumstände nicht zwischen ihnen unterschieden zu werden braucht.

c) Die verschiedenen Ansichten über das Wesen der Schuld.

Während sich der Streit über den Vorsatzbegriff im Wesentlichen zwischen den Vertretern zweier Theorien: der Willenstheorie und der Vorstellungstheorie, abspielt, gehen die Ansichten über den Gegenstand des für die Schuldfrage beachtlichen Irrtums weit mehr auseinander.

Es werden nämlich in Rechtslehre und Rechtsprechung folgende Unterscheidungen gemacht:

Dem „Tatirrtum" als Irrtum über Tatsachen wird gegenübergestellt der „Rechtsirrtum". Innerhalb des Begriffs Rechtsirrtum hat die Unterscheidung zwischen „Strafrechtsirrtum" und „außerstrafrechtlichem Irrtum" eine tiefgehende Bedeutung dadurch gewonnen, daß das Reichsgericht und das Reichsmilitärgericht den Grundsatz, daß der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum dem Tatirrtum gleichzustellen und daher nach § 59 StGB. beachtlich sei, für den Strafrechtsirrtum aber der Grundsatz: „error juris nocet" zu gelten habe, in ständiger Rechtsprechung vertreten.

Endlich wird unterschieden zwischen dem Irrtum über das Dasein und den Inhalt eines Strafgesetzes und dem Subsumtionsirrtum, welcher darin besteht, daß das Gesetz zwar gekannt, jedoch unrichtigerweise auf den konkreten Fall für nicht anwendbar erachtet wird, und zwar deshalb, weil entweder

1) das Strafgesetz selbst falsch ausgelegt, sein Inhalt also mißdeutet wird, oder

2) weil wirkliche Tatsachen nicht ge- oder verkannt werden, und deshalb das Strafgesetz nicht für anwendbar gehalten wird, oder

3) weil bei Kenntnis sämtlicher Tatbestandsmerkmale tatsächlicher Natur, diese rechtlich falsch beurteilt werden.

Im Gegensatz zum Tatirrtum, welcher allgemein als beachtlich und als Schuldausschließungsgrund anerkannt wird, gehen bezüglich des Rechtsirrtums die Meinungen weit auseinander. Eine Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten über diese Frage gibt Köhler in einer Arbeit über Strafbarkeit bei Rechtsirrtum 1904, S. 7 ff. Diese sei dem folgenden Überblick über die Schuldlehre zugrunde gelegt.

Die verschiedenen Meinungen lassen sich folgendermaßen gruppieren:

1) Jeder Rechtsirrtum ist belanglos. So Miricka, Formen der Strafschuld 1903, S. 129, welcher de lege ferenda den Rechtsirrtum nur als Strafmilderungsgrund gelten lassen will (S. 127), von Weinrich, Ztschr. f. d. ges. Str. R. W. Bd. 17, S. 805, 808, nach welchem das Gesetz die Gesetzeskenntnis präsumiert, ferner von Buri, Gr. S. Bd. 29 Beilageheft S. 187, für das geltende Recht auch Köhler a. a. O. S. 78/79.

2) Der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum ist ein Irrtum über Tatumstände oder er ist wenigstens dem Tatirrtum gleichzustellen. So im allgemeinen das Reichsgericht und das Reichsmilitärgericht; Lucas, Die subjektive Verschuldung; Klee, Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz 1897 S. 40 u. a. Köhler führt auch als Vertreter dieser Meinung Frank, Strafgesetzbuch 4. Aufl. an, in der jetzt vorliegenden 8. Auflage 1911 bezeichnet dieser wenigstens die Durchführbarkeit der Ansicht, daß der strafrechtliche Irrtum anders zu behandeln sei, wie der außerstrafrechtliche, für zweifelhaft. Gegen diese Ansicht insbesondere Kohlrausch a. a. O. S. 119 ff, (hierüber Kap. 23).

3) Zum Vorsatz gehört das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit überall da, wo in dem gesetzlichen Tatbestand das Wort „rechtswidrig", „widerrechtlich" und ähnliche Aufnahme gefunden haben. So das Reichsgericht; von Liszt, Lehrbuch § 41; M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten S. 114. (Hierüber Kap. 17.)

4) Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört zu allen vorsätzlichen Delikten. Unter Rechtswidrigkeit wird hier verstanden der Widerspruch zu dem objektiven Recht. Dieses Bewußtsein verlangen vor allem Binding, Normen I. S. 90 ff., II. 499; im Anschluß an ihn Kahn, Der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum, S. 67; Oetker, Über den Einfluß des Rechtsirrtums S. 42; Olshausen, N. 30; Birkmeyer in krit. Vierteljahr. Schr. neue Folge Bd. 10 S. 598; Köhler zählt ferner hierher Basedow, Strafrechtl. Verschuldung S. 87. Dieser begnügt sich aber a. a. O. mit der Möglichkeit des Bewußtseins der Normwidrigkeit; ferner Allfeld; dieser sagt allerdings in seiner Schrift, Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht S. 18, daß der Mangel des Rechts- oder Pflichtbewußtseins die Schuld ausschließe, aber im Lehrbuch Meyer-Allfeld 1911 S. 133 ff. begnügt er sich damit, daß der Täter das allgemeine Empfinden habe, etwas „Unrechtes" zu tun; damit nähert er sich stark der unter Ziff. 6 erwähnten Gruppe, deren Ansicht hier vertreten wird. Das gleiche gilt von Basedow, der nach dem ganzen Inhalt seiner Dissertation unter Normwidrigkeit weiter nichts als Pflichtwidrigkeit versteht. Nach ihm ist Normwidrigkeitsbewußtsein dasjenige Bewußtsein, welches beim normalen Menschen das Schuldbewußtsein zur Folge hat, das Gewissen regt (vgl. insbes. S. 55 u. 56). Daß aber das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit im Bindingschen Sinne normalerweise das Schuldbewußtsein zur Folge haben muß, kann nicht behauptet werden.

5) Die fünfte Gruppe bilden diejenigen, welche noch weiter gehen wie Binding und die Vertreter seiner Ansicht und das Bewußtsein der Strafbarkeitsmerkmale verlangen und die Strafbarkeit als Tatumstand bezeichnen. So

Ortmann, Ger. S. 29 S. 244, 30 S. 31—44; Ortloff, Die Strafbarkeit als Schuldvoraussetzung S. 17.

6) Das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit oder doch die Möglichkeit dieses Bewußtseins bezeichnen als wesentliches Erfordernis für den Vorsatz Kohlrausch a. a. O. S. 33 ff., insbes. S. 37, ferner Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, 1900, S. 134. (Beide verlangen das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit.) Ferner Merkel, Lehrbuch, 1889, S. 10, 14, M. E. Mayer, Kulturnormen und Rechtsnormen, S. 118 ff. (diese begnügen sich mit der Möglichkeit der Erkenntnis), Heinze, Ger. Saal 13, S. 397, verlangt zwar das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit, welches er jedoch ähnlich wie Merkel präsumiert, wenn die entsprechende Kenntnis vorhanden ist; vgl. auch Bohlmann a. a. O. S. 27. Wie schon oben ausgeführt, teilen im praktischen Resultat diesen Standpunkt auch Basedow und Meyer-Allfeld, wenn sie auch dem Wortausdruck nach Bewußtsein der Norm bezw. Rechtswidrigkeit für den Vorsatz verlangen.

Frank, Aufbau S. 21, 22 nimmt eine vermittelnde Stellung ein, indem er de lege ferenda unüberwindliche schuldlose Unwissenheit entschuldigen lassen will, wenn die Handlung nicht schon nach Religion und Sitte verboten ist. Ebenso vermittelnd von Hippel (Vergleichende Darstellung, A, III, S. 591) de lege ferenda: „grundsätzlich soll keine Strafe eintreten, wenn der Täter in concreto weder die Rechtswidrigkeit noch die Pflichtwidrigkeit, das Unsittliche seiner Handlungen zu erkennen vermochte.

7) Es mag an dieser Stelle auch erwähnt werden, daß einige Schriftsteller die Berechtigung einer Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatirrtum gänzlich in Abrede stellen; so Ortmann, Ger. Saal 29, S. 246, von Liszt a. a. O. S. 177, Finger, Lehrbuch I, 1904, S. 237 ff. Kohlrausch a. a. O. mißt dieser Unterscheidung nur sekundäre Bedeutung bei, da auch der Rechtsirrtum als Grundirrtum stets einen Tatirrtum als Folgeirrtum nach sich ziehe.

Es würde zu weit führen, hier des Näheren auf die einzelnen Ansichten einzugehen. Insoweit das Thema dieser Arbeit eine Stellungnahme im einzelnen erfordert, wird dieses an der entsprechenden Stelle geschehen.

d) Das Wesen der Schuld ist die Pflichtwidrigkeit der Willensbetätigung.

U. E. verdient die Meinung derer, welche das Wesen der Schuld in der Pflichtwidrigkeit erblicken, deshalb den Vorzug, weil diese den herrschenden Anschauungen über die Aufgabe der Strafrechtspflege am meisten entspricht. Bei aller Anerkennung des Grundsatzes „ohne Schuld keine Strafe" und des Anspruchs des Individuums auf humane Behandlung verlangen wir doch möglichste Strenge bei der Gesetzesanwendung, damit der Schuldige auch wirklich gefaßt werde. Der Schutz des Unschuldigen ist hinreichend dadurch garantiert, daß der ganze Schuldbeweis der Anklage obliegt. Wollen wir für diesen Schuldbeweis den Nachweis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit oder gar der Strafbarkeit verlangen, dann ist eine gesunde Strafrechtspflege überhaupt nicht möglich. Mit Recht betont hier Lucas[4]): „Wäre zur Strafbarkeit das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vorauszusetzen, so würde der Staat sein Recht, zu strafen, abhängig gemacht haben von den schwankenden Rechtsansichten . . . seiner Untertanen. Es würde heißen ein Privilegium für Unerfahrenheit, Trägheit und Beschränktheit aufstellen, wenn statt der Betonung der wichtigen Verpflichtung der Staatsbürger, Gesetz und Sitte ihres Landes genau kennen zu lernen, die negligente Unkenntnis, die Stumpfheit des Pflichtbewußtseins gegen alle Strafübel wirksam sollte schützen können".

Die hier vertretene Meinung ist namentlich von M. E. Mayer, „Rechtsnormen und Kulturnormen" überzeugend begründet:

---

[4]) a. a. O. S. 78.

Er geht davon aus, daß das Gesetz sich nicht an den einzelnen Rechtsgenossen richte, sondern an den Richter für das Volk. Der einzelne Bürger befolge nicht den Rechtssatz, sondern das Recht als eine Kulturmacht (S. 41), welche Kulturnormen schaffe, d. h. Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und des Berufs an das Individuum herantreten (S. 17). Der einzelne Rechtsgenosse als Mitglied der Kulturgemeinschaft kenne diese allgemein anerkannten Kulturnormen, er sei denn ein Idiot (S. 18), und er sei verpflichtet, sein Verhalten in Übereinstimmung mit denselben zu bringen. Eine Privatmoral sei daneben nicht zu dulden. Maßgebend sei nur die allgemein anerkannte Moral, und wer gegen diese ankämpfe, handle pflichtwidrig. Im Strafrecht sei aber diejenige Handlung schuldhaft zu nennen, welche als pflichtwidrige Willenshandlung einen rechtswidrigen Erfolg zur Wirkung habe (S. 78). Eine nicht pflichtwidrige Handlung könne daher weder zum Vorsatz noch zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden. Pflichtwidrig gehandelt habe selbstverständlich zunächst der, welcher mit dem Bewußtsein dieser Pflichtwidrigkeit gehandelt habe. Aber nicht nur dieser. Es sei auch berechtigt, eine Handlung dann als pflichtwidrig zu charakterisieren, wenn der Handelnde es verabsäumt habe, sich über die Pflichten, die er habe achten sollen, zu unterrichten, nämlich dann, wenn er die Möglichkeit, sich über seine Pflichten zu vergewissern, unbenutzt gelassen habe. Die Pflichtwidrigkeit liege in diesem Falle in seiner Nachlässigkeit und Gleichgültigkeit, mit welcher er die Normen, welche ihn angingen, behandelt habe. Sonach genüge für die Bejahung der Schuldfrage die Möglichkeit der Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit, und zwar nicht nur für die Fahrlässigkeit, sondern auch für den Vorsatz, denn zum Vorsatz genüge die Kenntnis der gesetzlichen Tatumstände, nicht erforderlich sei aber das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit des Tuns. Wer nämlich seine Tat in ihren gesetzlichen Merkmalen erkenne, sei verpflichtet, sie richtig einzuschätzen, und die Pflichtwidrigkeit könne beim vorsätzlichen Handeln gerade

darin liegen, daß der Täter sich seiner Pflichtwidrigkeit nicht bewußt geworden sei. So müsse denn eine Handlung, die zum Vorsatz zugerechnet werden solle, zwar objektiv und subjektiv, nicht aber auch bewußt pflichtwidrig sein. In dieser Hinsicht bestehe kein Unterschied zwischen beiden Schuldarten; die fahrlässigen Handlungen seien eben meist nur deshalb pflichtwidrig, weil der Täter trotz der ihm gebotenen Möglichkeit nicht einsichtiger und vorsichtiger zu Werk gegangen sei.

Diese Auffassung von der Schuld wird nach 2 Richtungen angegriffen:

1) insofern, als von ihr für die Schuldzurechnung das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit überhaupt als maßgebend und ausreichend erachtet wird;

2) insofern sie sich sogar mit der Möglichkeit dieses Bewußtseins begnügen will.

Auf die letztere Streitfrage braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, denn wenn auch die Ansicht, welche das positive Bewußtsein verlangt, die richtige wäre, so wäre doch die Voraussetzung für dieses Bewußtsein die Möglichkeit seiner Erlangung. „Nur wenn der Täter gewußt hat, was er tut, kann von ihm verlangt werden, daß er es auch wußte, daß er es nicht tun dürfe“ [5]). Die Kenntnis der Tatumstände kann also unmittelbar nur als Bedingung für diese Möglichkeit in Betracht kommen, erst mittelbar für die positive Erkenntnis.

Zur ersteren Streitfrage lehnt Beling [6])als Vertreter der Ansicht, daß zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehöre, die hier vertretene Meinung ab, weil die Forderung des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit entweder genau identisch sei mit der Forderung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, oder aber grundunjuristisch und verwirrend, das letztere dann, wenn man die Pflichtwidrigkeit in einem Verstoß gegen Sitte, Moral, Religion und Kultur suche. Beherzige man aber, daß der Jurist, wenn er das Wort „Pflicht“ in den Mund

[5]) Kohlrausch, a. a. O. S. 33 u. 94.

[6]) Die Lehre von Verbrechen S. 180.

nehme, damit ausschließlich Rechtspflichten meinen könne, gesellschaftliche, moralische, religiöse Pflichten ihn aber nichts angingen, so wie umgekehrt Rechtspflichten juristisch Pflichten auch dann seien, wenn sie lediglich durch das Recht und nicht durch die Sitte, Moral, Religion statuiert seien, dann sei selbstverständlich Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit genau dasselbe wie das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des Handelns: — das Wissen, daß man nicht so handeln dürfe.

Dagegen ist einzuwenden, daß es durchaus unrichtig ist, daß den Juristen bei der Prüfung der Schuldfrage gesellschaftliche, moralische, religiöse Pflichten nichts angehen sollen. Soll etwa derjenige, der weiß, daß der Wucher eine moralisch äußerst pflichtwidrige Tat ist, sich darauf berufen können, er habe die Rechtspflicht, keine Wucherzinsen zu nehmen, nicht gekannt; oder der Verleumder, der zwar weiß, daß die Ehrabschneidung eine gemeine Verletzung der gesellschaftlichen Pflichten ist, deshalb schuldfrei sein, weil er aus irgend einem Grunde sich nicht bewußt wurde, gegen eine Rechtspflicht zu handeln; oder der Gotteslästerer, der zwar weiß, daß er durch seine beschimpfenden Äußerungen die heiligsten Gefühle eines großen Teils seiner Rechtsgenossen gröblich verletzt, deshalb straflos sein, weil er sich nicht bewußt ist, damit auch gegen eine Rechtsnorm zu verstoßen? — Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß in diesen Fällen trotz des mangelnden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit eine Verurteilung erfolgen muß.

Richtig ist, daß die Sätze von Sitte und Moral nicht ohne weiteres Rechtssätze sind, aber alle Rechtssätze beruhen auf Sätzen der Sitte, der Moral oder des Verkehrs; sie sollen deren Befolgung garantieren. Mit dem Verlangen nach dem Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit wird kein Bewußtsein des Verstoßes gegen außerrechtliche ethische Mächte verlangt, sondern weiter nichts als das Bewußtsein eines Verstoßes gegen eine durch einen Rechtssatz sanktionierte Pflicht.

Daß das Recht stark genug ist, eine schwächliche Anleihe bei der Moral entbehren zu können, was Beling a. a. O. zur

Begründung seiner Meinung ins Feld führt, ist richtig, aber die Behauptung, die ganze Strenge des Gesetzes habe schon dann zur Geltung zu kommen, wenn nur eine vom Täter als moral-, religions- pp. widrig erkannte oder erkennbare Tat sich dem Tatbestand eines Gesetzes subsumieren läßt, ist doch nicht die Behauptung einer Schwäche, sie ist im Gegenteil die Anerkennung, daß das Recht stark genug ist, um gegen eine subjektiv moralisch verwerfliche Handlung auch dann einschreiten zu können, wenn der Täter mangelndes Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vorschützt.

Daß das Gesetz die Schuldfrage nicht lediglich von juristischen Gesichtspunkten aus behandelt wissen will, hat es übrigens ganz bestimmt dadurch zum Ausdruck gebracht, daß es gerade bei den schwersten Delikten die Entscheidung über die Schuldfrage dem gelehrten Richter entzogen und den Geschworenen anvertraut hat.

Durch ihren Spruch sollen die im Volke herrschenden Begriffe über Billigung und Verwerflichkeit einer Handlung zur Geltung gelangen; und wenn auch den Geschworenen eine Rechtsbelehrung erteilt werden muß, dann hat diese doch nur den Zweck, ihnen die Bedeutung und Tragweite der Schuldfragen klarzumachen, n i c h t, sie über den von den Juristen so heißumstrittenen S c h u l d b e g r i f f zu belehren. Beim Ausspruch des „Schuldig" denkt der dem Bauernstand, Kaufmannsstand usw. angehörende Geschworene sicher nicht an die R e c h t s pflicht, er kann die Tat als Nichtjurist nur als pflichtwidrigen oder nichtpflichtwidrigen Verstoß gegen die Kulturnormen, die er als Kulturgenosse kennt und die der Angeklagte, welcher gleichfalls Kulturgenosse ist, kennen m u ß, beurteilen.

Die oben angeführte Betonung der Alternative: entweder „Idendität" beider Begriffe oder „Verschiedenheit" derselben durch Beling kann mit viel mehr Grund für unsere Meinung ausgenutzt werden: denn versteht man unter dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit lediglich den bewußten Widerspruch zu einer Rechtsnorm (die dann selbstverständlich auch bekannt sein müßte), dann käme man, wie die drei oben angeführten

Beispiele deutlich zeigen, zu dem äußerst unbefriedigenden Resultat, den Wucherer, Ehrabschneider, Gotteslästerer freisprechen zu müssen, weil diese nicht gewußt haben, daß es Gesetzesparagraphen gibt, die ihre Tat unter Strafe stellen.

Das hat man auch auf Seiten der Vertreter der hier bekämpften Meinung eingesehen; man sah sich genötigt, Konzessionen zu machen. Typisch sind hierfür die schon erwähnten Ausführungen von Meyer-Allfeld[7]): Er verlangt das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des eigenen Tuns, denn die Strafe hätte keinen Sinn, wenn der Täter seine Handlungen für rechtmäßig gehalten haben würde. Nicht notwendig sei aber die Kenntnis der speziellen, die Handlung verbietenden Norm. Es genüge das allgemeine Empfinden, etwas zu tun, was dem Recht nicht entspreche. — Was kann aber unter „Recht" hier, wo die spezielle Norm nicht gemeint ist, anders verstanden sein als die Kulturnorm, deren Verletzung wir als Pflichtwidrigkeit bezeichnen? Wir sehen also, die gegnerische Meinung selbst sieht sich genötigt, dem Begriff Rechtswidrigkeit eine ganz andere Bedeutung beizumessen, als ihm sprachlich und auch juristisch zukommt, um ihren Standpunkt rechtfertigen zu können.

Selbstverständlich ist es, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz genügt, denn wo es vorhanden ist, da ist sich der Täter auch der Pflichtwidrigkeit bewußt[8]). Das Verhältnis zwischen den beiden Begriffen ist so zu verstehen, daß eine pflichtwidrige und deshalb strafwürdige Handlung nur dann strafbar ist, wenn sie objektiv rechtswidrig ist. Von den vielen Möglichkeiten pflichtwidriger und daher strafwürdiger Handlungen hat das Gesetz eine Anzahl von Fällen, tatbestandmäßig beschrieben, unter Strafe gestellt und so zu rechtswidrigen gemacht.

Wenn der Täter daher eine Tat begeht, die zwar pflicht-

---

[7]) Lehrbuch 1911, S. 133ff.

[8]) Vgl. M. E. Mayer, D. Militärstrafrecht I S. 84—86: „Subjektive (d. h. zurechenbare) Rechtswidrigkeit ist Pflichtwidrigkeit."

widrig ist, aber nicht einem Gesetze unterstellt werden kann, dann hat er eben besonderes Glück. Nicht aber kann man umgekehrt von Ungerechtigkeit sprechen, wenn die als pflichtwidrig erkannte Tat bestraft wird, trotzdem ihre objektive Rechtswidrigkeit dem Täter nicht zum Bewußtsein gekommen war. (Man denke hierbei an den Wucherer, der eine nach § 302 a StGB. strafbare Handlung einen Tag vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 24. V. 1880 begangen hat und deshalb nach § 2 StGB. nicht verfolgt werden konnte, und denjenigen, der sich genau derselben Tat unter genau denselben Umständen einen Tag nach dem Inkrafttreten des genannten Gesetzes schuldig gemacht hat.)

Wenn Beling [9]) gegen die Ansicht von M. E. Mayer einwendet, daß die Kultur und mit ihr die Ansichten über Moral pp. rastlos vorwärts und rückwärts schreite, ohne das Gesetz von selbst mit sich zu reißen, daß ein 30 Jahre altes Strafrecht heute veraltet sein oder umgekehrt, weil einer höheren Kulturstufe entstammend, für heute als zu weit fortgeschritten erscheinen könne, so beweist das durchaus nichts gegen die Richtigkeit der vertretenen Ansicht. Wird auf Grund eines derartigen Gesetzes jemand verurteilt, der nach den allgemeinen Kulturanschauungen seiner Zeit nicht pflichtwidrig gehandelt hat, so wird und muß das Urteil als ungerecht empfunden werden. In solchen Fällen darf dann eben trotz der bewußten Erfüllung des Tatbestandes eines [10]) Gesetzes die Schuldfrage nicht bejaht werden. Gerade hierin zeigt sich die Richtigkeit des Prinzips. Die Pflichtwidrigkeit in dem hier gemeinten Sinne lag nicht vor, konnte und mußte deshalb auch nicht erkannt werden. Daher auch keine Schuld. Derartige Gesetze müssen eben aufgehoben werden.

Ein Haupteinwand gegen die hier vertretene Ansicht besteht in der Feststellung, daß es unrichtig sei, daß alle Gesetze

---

[9]) a. a. O. S. 32.

[10]) „Nicht gekannten“ — denn wenn es gekannt wäre, dann wäre die Pflichtwidrigkeit in dem bewussten Widerspruch zu einem noch geltenden Gesetze zu erblicken.

im Zusammenhang mit allgemein anerkannten Kulturnormen stehen. Daß dieses insbesondere nicht der Fall sei bei den Verwaltungsgesetzen (Polizeigesetzen, Steuergesetzen). Diese seien äußerst positiv rechtlich, und für sie könne daher das Bewußtsein, verpflichtet zu sein, nicht identifiziert werden mit der Kenntnis der sog. Kulturnormen [11]). Dieses ist insofern richtig, als tatsächlich ein Verwaltungsdelikt nicht einer Kulturnorm widerspricht, sondern sich darin erschöpft, einer Rechtsnorm zu widersprechen [12]).

Ist also hier keine allgemein anerkannte ethische Pflicht vorauszusetzen, deren Erfüllung durch das Gesetz garantiert werden soll; so handelt es sich hier um Verwaltungsmaßregeln, die von einer Verwaltungsbehörde auf kulturell indifferentem Gebiet erlassen werden zum Schutze von Verwaltungsinteressen, die dahin gehen, die gute Ordnung, welche notwendig ist, damit der Staat seine Kulturaufgaben erfüllen kann, gegen Störungen zu schützen. Die Pflicht zur Befolgung dieser Gesetze hängt natürlich davon ab, daß sie gekannt sind; und deshalb werden sie, anders wie die Kriminalgesetze, den Interessenten in besonderer Weise bekannt gegeben, etwa durch Anbringung von Warnungstafeln an Wegen, die nicht begangen, Festungsgelände, das nicht betreten werden darf.

Eine ganze Reihe der hierher gehörigen Gesetze hat den Zweck, bestimmte Lebensbeziehungen zu regulieren, und diese Gesetze richten sich daher nur an einen bestimmten enger oder weiter umgrenzten Personenkreis, innerhalb dessen ihre Kenntnis vorausgesetzt werden muß.

Jeder Gewerbetreibende weiß, daß es eine Gewerbeordnung, daß es Arbeiterschutzgesetze gibt, der Bauunternehmer, daß baupolizeiliche Vorschriften zu beachten sind, der Kaufmann, daß er sich nach den ihn betreffenden Bestimmungen der Gewerbeordnung zu richten habe, der Jäger, der Fischer müssen sich an die Vorschriften halten, die ihnen durch die Jagd- oder Fischereikarte bekannt gegeben sind.

---

[11]) So Köhler, a. a. O. S. 72.

[12]) M. E. Mayer, a. a. O. S. 116.

Für einen Teil der genannten Personenkategorien gehört die Kenntnis der einschlägigen Bestimmungen geradezu zur Fachkenntnis und schon aus diesem Grunde kann bei ihnen die Kenntnis der sie betreffenden Verwaltungsgesetze ohne weiteres angenommen werden; und nicht nur das: Nach den geltenden Verkehrsanschauungen, die den einzelnen verpflichten, bei seiner geschäftlichen Betätigung die Interessen seiner Mitbürger tunlichst zu berücksichtigen und nicht willkürlich nachlässig und sorglos darauf loszuhandeln, besteht für jeden, der in einem der oben geschilderten oder ähnlichen Verhältnis steht, eine ethische Pflicht, sich mit den einschlägigen Bestimmungen zu befassen, die Gesetze, die in Bezug auf sein Gewerbe, seinen Beruf erlassen sind, zu studieren [13]). Dieses Studium wird in der Regel noch dadurch erleichtert, daß in vielen Fällen für diejenigen, welche eine derartige Tätigkeit aufnehmen wollen, eine Meldepflicht besteht, daß sie eines Erlaubnisscheines, einer Legitimationskarte bedürfen, auf denen die einschlägigen Verwaltungsrechtssätze abgedruckt sind. Daß in diesen Fällen eine Pflicht zur Kenntnisnahme des Inhalts eines solchen Abdrucks besteht, kann einem Zweifel kaum unterliegen.

Aber auch abgesehen hiervon, hat die oben dargelegte ethische Pflicht zur Erlangung der nötigen Gesetzeskenntnis auch im Gesetz an verschiedenen Stellen ausdrücklich Anerkennung gefunden, z. B. in § 3 Ges. v. 21. V. 1878 betr. Zuwiderhandlung gegen die zur Abwehr der Rinderpest erlassenen Vieheinfuhrverbote, wonach bei den daselbst näher bezeichneten Personen (Bewohnern des Grenzgebietes, Viehhändlern), die Unkenntnis der Verbote und Beschränkungen als durch Fahrlässigkeit verschuldet anzunehmen ist, wenn sie nicht den Nachweis führen, daß sie ohne ihr Verschulden durch besondere Umstände verhindert waren, von denselben Kenntnis zu erlangen. Damit ist eine präsumtio juris gegeben, die nur unter erschwerten Bedingungen widerlegt werden kann.

---

[13]) Vgl. von Buri, Ger. S. 29, S. 193ff. und bezüglich des Gewerbetreibenden RG. I, 1. III. 06 (Jahrb. 1907, S. 27).

Nach diesen Ausführungen ist also auf dem Gebiete des Verwaltungsstrafrechts das Wesen der Schuld entweder in einer ethisch pflichtwidrigen Unkenntnis der einschlägigen Gesetze oder bei Kenntnis derselben (wie bei jedem Kriminalstrafgesetz) in pflichtwidriger Unkenntnis der Tatumstände oder pflichtwidrigem Handeln trotz der Kenntnis von denselben zu erblicken.

Hier wie beim Kriminalstrafrecht muß also für die Zurechnung der Tat zur Schuld unter allen Umständen gefordert werden, daß für den Täter die Möglichkeit bestand, die Pflichtwidrigkeit seines Tuns zu erkennen. Es müssen alle Bedingungen, alle Voraussetzungen für diese Erkenntnis gegeben sein [14]).

Kapitel 3.

Die Bedingungen für die Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit.

Haben wir also als das Wesen der Schuld die Pflichtwidrigkeit der Handlung erkannt, und haben wir ferner gesehen, daß eine Handlung nur dann als subjektiv schuldhaft bezeichnet werden kann, wenn dem Täter zum mindesten die Möglichkeit der Erkenntnis dieser Pflichtwidrigkeit gegeben war, so ist weiterhin zu untersuchen, wann diese Möglichkeit als gegeben zu erachten ist; welche Bedingungen stets erfüllt sein müssen, damit die Schuldfrage überhaupt erörtert werden kann:

Wir haben hier zu unterscheiden zwischen inneren Bedingungen, das sind solche, welche sich auf die Erkenntnisfähigkeit des Täters beziehen, und äußeren Bedingungen, nämlich dem Vorstellungsmaterial, welches dem Erkenntnisfähigen die Möglichkeit gewährt, die Tat als pflichtgemäß oder pflichtwidrig zu werten.

---

[14]) Vgl. hierüber Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtums, S. 31.

a) Die inneren Bedingungen für die Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit behandelt das Strafgesetzbuch in den §§ 51, 55, 56—58. Danach gilt der geistig normal entwickelte, über 18 Jahre alte Mensch für zurechnungsfähig, für ihn wird die zur Erkenntnis der Strafbarkeit (mithin auch der Pflichtwidrigkeit) erforderliche Einsicht, die Reife des Intellekts [1]), die normale Funktion der Sinne [2]) als die Regel präsumiert, während nach § 55 für den jugendlichen Verbrecher ihr Vorhandensein in concreto festgestellt werden muß [3]). Das letztere gilt nach § 58 auch für den Taubstummen.

Für den Strafunmündigen gilt nach § 56 eine präsumtio juris et de jure, daß er die erforderliche Erkenntnisfähigkeit nicht besaß. Bewußtlose und Geisteskranke können nach § 51 Verbrechen überhaupt nicht begehen.

Nur der hiernach Zurechnungsfähige kennt seine Pflichten und muß sie anerkennen; bei ihm wird die Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit beim Vorliegen der äußeren Bedingungen präsumiert. Die Nichtkenntnis bei richtiger Erkenntnis der äußeren Bedingungen als solche, ist schuldbegründend [4]).

b) Das als äußere Erkenntnisbedingung bezeichnete Vorstellungsmaterial ist die Kenntnis der in § 59 StGB. bezeichneten Tatumstände, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören, oder die Strafbarkeit erhöhen.

Kapitel 4.

Der „gesetzliche" Tatbestand im Sinne des § 59.

Bevor auf den Begriff „Tatumstand" selbst eingegangen wird, muß noch untersucht werden, was unter dem „gesetz-

---

[1]) Simon, Ger. S. 1880 S. 430.
[2]) Kohlrausch, a. a. O. S. 94.
[3]) Vgl. Lucas, a. a. O. S. 71.
[4]) Vgl. Liepmann, a. a. O., M. E. Mayer, a. a. O.

lichen Tatbestand" zu verstehen ist, welcher nur an dieser Stelle des Strafgesetzbuches erwähnt wird.

Die erste Voraussetzung dafür, daß eine Handlung der richterlichen Prüfung, ob sie strafbar, ob sie also ein Verbrechen im weiteren Sinne ist, unterworfen wird, ist ihre Übereinstimmung mit einem der im besonderen Teil dest Strafgesetzbuchs oder in einem der reichlich vorhandenen strafrechtlichen Nebengesetze festgestellten Tatbestände, daß sie also einen positiv rechtlich fest formulierten Verbrechenstyp darstellt (Tatbestandsmäßigkeit im Belingschen Sinn[5]). Erst nach dieser Feststellung kann geprüft werden, ob sie objektiv rechtswidrig ist, ob sie bei Bejahung dieser ersten Frage einem bestimmten — evtl. erst zu ermittelnden — Täter zur Schuld zugerechnet werden kann und ob ferner die nachgewiesene Schuldart (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) für die Bestrafung genügt (nach Beling, ob eine Strafandrohung paßt); ob also, abgesehen vom besonderen Tatbestand diejenigen Verbrechensmerkmale erfüllt sind, welche, weil bei allen strafbaren Handlungen erforderlich, als „allgemeiner" Tatbestand bezeichnet zu werden pflegen. Hierzu gehören erstens die objektive Rechtswidrigkeit, zweitens das Verschulden (Zurechnungsfähigkeit, Pflichtwidrigkeit, Willensfreiheit und Schuldart).

Nun fragt es sich, versteht das Strafgesetzbuch im § 59 unter gesetzlichem Tatbestand nur jenen besonderen typischen Tatbestand oder umfaßt dieser Begriff auch die allgemeinen Verbrechensmerkmale.

Eine Reihe von Schriftstellern bejaht die letztere Alternative. So Merkel[6]), Birkmeyer[7], Liepmann[8]), Heitz[9]).

Liepmann folgert seine Ansicht daraus, daß ein deliktischer Tatbestand erst vorliege, wenn beide Gruppen logischer

---

[5]) Vgl. Beling, a. a. O. § 4 S. 20ff.

[6]) Lehrbuch I S. 34.

[7]) In Krit. Viertelj. Schr. f. Gesetzg. und R. W. neue Folge Bd. 10 S. 597, N. 1.

[8]) Einleitung in das Strafrecht, S. 138.

[9]) Das Wesen des Vorsatzes, S. 14.

Merkmale, allgemeine und besondere, gegeben seien. Beide Arten seien gleichbedeutend für den deliktischen Tatbestand, nur reine Zweckmäßigkeitsgründe hätten dazu geführt, daß die bei jedem Delikt gleichmäßig vorkommenden Merkmale im allgemeinen Teil ein- für allemal hingestellt worden seien.

Heitz, der ebenso wie Liepmann den beiden Gruppen von Tatbestandsmerkmalen die selbständige Bedeutung abspricht, meint, das Gesetz verstehe unter gesetzlichem Tatbestand dasselbe, was die Theorie darunter verstehe, nämlich den allgemeinen und den besonderen. Dabei übersieht er ganz, daß gerade die Theorie darüber streitet, ob diesem Begriff beide Gruppen zu unterstellen sind, oder nur die Gruppe der besonderen Tatbestandsmerkmale. Daß die im Gesetz durch das Wort „gesetzlich" gegebene nähere Bestimmung von Tatbestand eine überflüssige Hinzufügung sei, ist eine Behauptung, für die er den Beweis solange schuldig bleibt, als er nicht bewiesen hat, daß die lex lata tatsächlich auf dem von ihm vertretenen Standpunkt der Theorie steht.

Richtig betonen beide die gegenseitige Abhängigkeit der zwei Arten von Tatbestandsmerkmalen. Die Erfüllung des besonderen Tatbestandes ist niemals Verbrechen, wenn nicht gleichzeitig der allgemeine Tatbestand erfüllt ist. Die Merkmale des letzteren haben überhaupt keine selbständige Bedeutung. Sie sind strafrechtlich relevante Eigenschaften der einem Verbrechenstypus in concreto entsprechenden Tat. Diese als solche besteht in der konkreten Verwirklichung der Gesamtheit aller im einzelnen Strafgesetz aufgezählten Merkmale, welche durch die Bezeichnung als „widerrechtlich", „schuldhaft", ihre strafrechtliche Wertung in objektiver und subjektiver Beziehung erhält. Bestandteil der Tat aber bildet diese Wertung auf keinen Fall, sie steht außerhalb der Handlung, und so widerspricht ihre Bezeichnung als Tatbestandsmerkmal streng genommen der sprachlichen Bedeutung des Wortes Tatbestand[10]). Wenn nun diese sprachlich unrichtige Bezeichnung sich in der

[10]) Vgl. M. E. Mayer, welcher die Rechtswidrigkeit überhaupt nicht zum Tatbestand zählt (Mil. Strafr., S. 18).

Doktrin eine gewisse konventionelle Berechtigung erworben haben mag, so ist damit noch nicht gesagt, daß dem „gesetzlichen“ Tatbestand des § 59 diese Bedeutung gegeben werden kann. Im Gegenteil! Die Beifügung des „gesetzlich“, welche Heitz, a. a. O. als überflüssig erachtet, scheint uns gerade ihre Rechtfertigung darin zu finden, daß man jener konventionellen Bedeutung des Begriffes Tatbestand die sprachlich richtige Auffassung des Begriffes in dem hier vertretenen Sinne als Merkmale des besonderen Tatbestandes (des „gesetzlichen“) gegenüberstellen wollte, um Mißdeutungen zu vermeiden.

So führt auch Heinemann[11]) richtig aus: Wenn unser Gesetzbuch vom gesetzlichen Tatbestand rede, könne es seiner ganzen Anlage nach nur den besonderen meinen. Denn „allgemeine“ Tatbestandsmerkmale würden an keiner Stelle in positiver Form aufgeführt. Es mache vielmehr nur die Fälle namhaft, in welchen der Eintritt der Strafe ausgeschlossen sei. Wohl aber hebe es die positiven Merkmale des konkreten Verbrechens hervor.

Also, während das Gesetz den Begriff des besonderen Tatbestandes kennt und verwertet, ist der Begriff des allgemeinen Tatbestands lediglich eine wissenschaftliche Konstruktion. Nicht ein einziger Paragraph des Strafrechts kann aufgefaßt werden als positive Normierung eines allgemeinen Tatbestandsmerkmales.

Die Unterscheidung in allgemeinen und besonderen Tatbestand ist zwar wissenschaftlich von außerordentlicher Bedeutung; das Strafgesetzbuch kennt als einzigen Tatbestand nur den besonderen des einzelnen Verbrechenstyps; dieser ist der gesetzliche Tatbestand im Sinne des § 59.

Derselben Ansicht Heinemann a. a. O., Simon[12]), Alix Westercamp[13]), die mit Recht darauf hinweist, daß es unlogisch sei den allgemeinen Tatbestand als in § 59 StGB. einbegriffen zu erklären und ohne ersichtlichen Grund aus diesem allge-

---

[11]) Die Bindig'sche Schuldlehre, S. 127.
[12]) Ger. S. 32 S. 426.
[13]) a. a. O. S. 124.

meinen Tatbestand nur das eine Merkmal, die Rechtswidrigkeit oder auch die Strafbarkeit herauszugreifen, ihr Bewußtsein für die Zurechnung zur Schuld zu fordern, nicht aber auch das Bewußtsein der subjektiven Schuldvoraussetzungen [also Zurechnungsfähigkeit, Strafmündigkeit usw.] zu verlangen. Ebenso von Liszt [14]); auch Beling [15]), welcher den Begriff „allgemeiner Tatbestand" etwas abweichend von der allgemeinen Übung bestimmt und dazu zählt: Tatbestandsmäßigkeit — Rechtswidrigkeit — Schuld — Passen der Strafdrohung und Strafdrohungsbedingungen, rechnet den allgemeinen Tatbestand nicht zum gesetzlichen im Sinne des § 59. Interessant sind auch die Ausführungen von v. Buri [16]), welcher mit Binding das Verbotensein der Handlung als Tatumstand bezeichnet, aber doch der Ansicht ist, daß der § 59 nur den speziellen gesetzlichen Tatbestand im Auge habe, wie er im Gesetz im besonderen Teil festgestellt sei; denn in den Motiven sei nicht der geringste Hinweis für die Ausdehnung der Tatumstände auf dieses Verbotensein der Handlungen enthalten, und im preußischen Strafgesetzbuch sei das Verbotensein nicht als Tatumstand im Sinne des heutigen § 59 aufzufassen gewesen. Mithin könne dies auch im § 59 nicht der Fall sein. Denn in den Motiven sei nur die Rede von einer redaktionellen, nicht aber einer sachlichen Veränderung der früheren Bestimmung [17]).

---

[14]) 12. u. 13. Aufl. S. 175.

[15]) a. a. O. S. 186.

[16]) Ger. S. 29 S. 190.

[17]) Ferner gehören hierher: Hammerer, Der Einfluss des Rechtsirrtums S. 42, Schweitzer, Zur Lehre vom Irrtum S. 13, Klee, Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz S. 70, auch RG. VIII S. 104 und Köhler, a. a. O. S. 63 für § 44, Pr. StGB.

Kapitel 5.

Tatumstände, „welche die Strafbarkeit erhöhen".

Der § 59 unterscheidet zwischen Tatumständen, „welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören" und „solchen, welche die Strafbarkeit erhöhen".

Damit wird auf die besonderen Tatbestandsmerkmale der qualifizierten Delikte hingewiesen. An sich wäre die Hinzufügung des zweiten Relativsatzes überflüssig. Er war auch im ersten Entwurf z. pr. StGB. von 1816, § 78 (vgl. Kap. 8), nicht enthalten; die Aufnahme der in ihm enthaltenen besonderen Bestimmung wurde von der Staatsratskommission von 1839 damit begründet: „die Fassung des § 78 sei nicht erschöpfend; was für die Unkenntnis der strafbegründenden Umstände gelte, das gelte in gleicher Weise von den straferhöhenden. So fand die besondere Hervorhebung der straferhöhenden Umstände Aufnahme in § 44 Pr. StGB. und ist aus diesem in unseren § 59 übernommen [1]).

U. E. wäre auch ohne diese besondere Hervorhebung auszukommen, denn sie enthält eigentlich nur die Wiederholung dessen, was in dem ersten Relativsatz gesagt ist: Auch die Tatumstände, welche die Strafbarkeit erhöhen, sind solche, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören, nämlich zum gesetzlichen Tatbestand der qualifizierten Delikte [2]). Inhaltlich unterscheiden sich die beiden „Arten" von Tatumständen in nichts [3]).

---

[1]) Vgl. v. Hippel, a. a. O. S. 483.
[2]) Ebenso Oetker, a. a. O. S. 87.
[3]) Liepmann, a. a. O. S. 187/188.

Kapitel 6.

Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit sind nicht Tatumstände.

a) Die Rechtswidrigkeit.

Ist nach den Ausführungen in Kap. 4 und 5 unter „gesetzlichem" Tatbestand also nur der besondere Tatbestand des einzelnen Verbrechenstypus zu verstehen, so ist damit schon jetzt die Rechtswidrigkeit oder die Normwidrigkeit einer Handlung als nicht zu den Tatumständen nach § 59 gehörig erkannt. Denn über ihre Zugehörigkeit zu dem allgemeinen Tatbestandsmerkmal besteht vollkommene Übereinstimmung. Dasselbe gilt für die Strafbarkeit[1]).

Demgegenüber betont Binding für die Rechtswidrigkeit, und im Anschluß an ihn Ortmann[2]) für die Strafbarkeit mit Nachdruck, die Zugehörigkeit dieser Eigenschaften der Tat zu den Tatumständen, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören:

Binding argumentiert folgendermaßen: „Nun gibt es keinen Tatumstand, der für den Tatbestand der Verbrechen wichtiger wäre als gerade das Verbotensein der Handlung. Der Unwissenheit des Verbotenseins gilt somit die Satzung des § 59 gleichfalls, kennt also der Täter die Rechtswidrigkeit der Tat nicht, so kann nach § 59 das Strafgesetz gegen das vorsätzliche Verbrechen auf ihn keine Anwendung finden".

Abgesehen von dem bereits betonten Grunde für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit vom Begriff der Tatumstände übersieht hierbei Binding, daß schon der Wortsinn des Begriffs Tatumstände (Umstände, unter welchen die Tat geschieht), die Hinzurechnung der Rechtswidrigkeit als einer Eigen-

---

[1]) Vgl. v. Liszt, § 40 I „Tatbestandsmerkmale unter Ausschluss der allgemeinen Verbrechensmerkmale".

[2]) Ger. S. 29 S. 244, 30 S. 31, 344 ff.

schaft dieser Tat, einem Werturteil über dieselbe[3]) zu den Tatumständen nicht gut zuläßt. Nach § 59 sollen gerade die Tatumstände die oder eine Grundlage für die Wertung der Tat als einer schuldhaft rechtswidrigen bilden. Die Rechtswidrigkeit selbst ist also kein Tatumstand[4]).

Welche Bedeutung der ausdrücklichen Hervorhebung der Rechtswidrigkeit im besonderen Tatbestand beizumessen ist, wird unten (Kap. 17) erörtert werden.

b) Die Strafbarkeit.

Das gleiche gilt für die Ansicht von Ortmann, der nur darin von der Bindingschen abweicht, daß er statt der Rechtswidrigkeit der Strafbarkeit die von Binding für die erstere beanspruchte Rolle zuweisen will. Das Erfordernis der Strafbarkeit folgert er aus den §§ 56—58 StGB. und er hält es für unzulässig, mit Binding dem in diesem Paragraphen gebrauchten Worte „Strafbarkeit" das Wort Rechtswidrigkeit zu substituieren.

Nun ist aber u. E. das in den §§ 56—58 statuierte Erfordernis der „zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht" nicht so aufzufassen, daß zum dolus criminalis die wirkliche Erkenntnis der Strafbarkeit gehört. Es soll vielmehr durch diese Paragraphen nur gesagt sein, daß für die in ihnen aufgeführten Personen in concreto die Fähigkeit, eine strafbare Handlung überhaupt zu begehen, besonders geprüft und festgestellt werden muß[5]). (Vgl. oben Kap. 4.)

---

[3]) Vgl. M. E. Mayer, Mil. StR. S. 18.

[4]) Vgl. auch Kohlrausch, a. a. O. S. 59, Lucas, a. a. O. S. 78ff., Simon, a. a. O. S. 429; namentlich auch Heinemann, a. a. O. S. 122ff und Frank, Komm. S. 138.

[5]) Vgl. Binding, Normen II S. 467: Nicht einmal von den Jugendlichen wird Bewusstsein der Strafbarkeit verlangt. Das Gesetz begnügt sich vielmehr mit der für die Erkenntnis erforderlichen Einsicht. Umso weniger kann sie von erwachsenen Verbrechern verlangt werden." Hierzu auch Reichsgericht II S. 268: „Das StGB. fordert für die Anwendung seiner Bestimmungen soweit es nicht im Einzelnen eine besondere Willensrichtung des Täters voraussetzt, mehr nicht, als dass der Täter

Ortloff, die Strafbarkeit als Schuldvoraussetzung S. 79 ff. hat versucht, daraus, daß § 59 Abs. 1 auch die Kenntnis von Tatumständen, welche die Strafbarkeit erhöhen, verlangt, die Zugehörigkeit der Strafbarkeit selbst zu den Tatbestandsmerkmalen, deren Kenntnis zu verlangen ist, zu begründen. Diese Begründung ist aber unhaltbar, denn der zweite Relativsatz des § 59 Abs. 1 verlangt keinesfalls das Bewußtsein der erhöhten Strafbarkeit, sondern nur die Kenntnis der Tatumstände, durch welche die erhöhte Strafbarkeit bedingt ist. Gerade aus der Gegenüberstellung des Wissens von Tatumständen mit erhöhter Strafbarkeit, geht klar hervor, daß letztere selbst nicht Tatumstand, also eine ihrer Bedingungen sein kann[6]).

Nur in einem Fall kennt das geltende Strafrecht das Erfordernis des Bewußtseins der Strafbarkeit zum Vorsatz, nämlich dann, wenn ein militärischer Untergebener durch Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt und diese Verletzung ein Vergehen oder Verbrechen ist. In diesem Falle ist er nur dann verantwortlich, wenn er bei Ausführung des Befehls gewußt hat, daß die Handlung kriminell strafbar ist[7]).

---

das Bewusstsein derjenigen Umstände gehabt hat, in welchen das Gesetz die Merkmale einer strafbaren Handlung erblickt. Liegt Kenntnis der Umstände vor, so ist der Irrtum über die Strafbarkeit ohne Einfluss". Vgl. auch Recht 1910, 194, Alix Westercamp, a. a. O. S. 125, Simon i. Ger. S. 32, 428 ff., Heitz, a. a. O. S. 27, Frank, Komm. S. 138 Zif. 2.

[6]) Vgl. Simon Ger. S. 1880 S. 426.

[7]) § 47 MStGB. Vgl. M. E. Mayer, a. a. O. I S. 118/19.

Der Begriff Tatumstand im Sinne des § 59 StGB.

Kapitel 7.

Behandlung des Begriffs in der Literatur.

Das Wort „Tatumstand" wird vom StGB. an zwei Stellen gebraucht: In § 50 und § 59. Eine eingehende Abhandlung über dieses Wort hat bisher nur Krug in einer Schrift, Über die besonderen Umstände der Teilnehmer (§ 50 StGB.), veröffentlicht. Eine Monographie über die Tatumstände nach § 59 liegt nicht vor. Der Begriff wird vielmehr in den zahlreichen Abhandlungen über Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit und Irrtum nur beiläufig gestreift. Die meisten begnügen sich damit, den Begriff zu identifizieren mit dem Begriff „Tatbestandsmerkmal". Sie fassen ihn auf als „konkrete Verwirklichung der abstrakten Verbrechensmerkmale". Andere verzichten überhaupt auf eine Begriffsbestimmung und begnügen sich mit der Feststellung dessen, was nicht als Tatumstand aufgefasst werden kann. So Frank, Kommentar 1911.

Auch Meyer-Allfeld[1]), welcher Tatumstände umschreibt, als „im gegebenen Fall wesentliche Umstände", gibt nur eine Zusammenstellung dessen, was er zum Vorsatz rechnet, ohne den Begriff „Tatumstand" näher zu umgrenzen. Köhler[2]) bestimmt negativ: Tatumstand sei kein Gegensatz zu den anderen Tatbestandsmerkmalen, auch nicht Gegensatz zu den Merkmalen des subjektiven Tatbestandes, und umfasse nicht das Merkmal der Rechtswidrigkeit.

Finger[3]) gibt, gleichfalls ohne Begriffsbestimmung, eine Zusammenstellung und Einteilung von Tatumständen.

---

[1]) Lehrbuch 1911.
[2]) a. a. O S. 65.
[3]) Lehrbuch 1904, S. 266ff.

Der einzige, der den Begriff eingehender behandelt hat, ist Heitz[4]).

Er geht davon aus, daß zum gesetzlichen Tatbestand auch der allgemeine Tatbestand gehöre. Diesen teilt er ein in ein formales Merkmal, welches in der gesetzlichen Bedrohung mit Strafe liege, und in materiale Merkmale, das sind die Merkmale der bedrohten Handlung selbst. Aus dem ersteren folge die Rechtswidrigkeit jeder strafbaren Handlung, die Rechtswidrigkeit habe also nur sekundäre Bedeutung.

Zu den Merkmalen der zweiten Art rechnet er: Erstens die Zurechnungsfähigkeit des Täters, zweitens eine den besonderen Deliktsmerkmalen entsprechende Tatseite, drittens ein Verhältnis von Wissen und Wollen zur Verwirklichung der letzteren und viertens das Nichtvorhandensein von Notwehr, Notstand oder eines sonstigen Rechts zur Begehung der Tat (negative Merkmale des allgemeinen Tatbestands).

Nach dieser Einteilung bezeichnet er als nicht zu den Tatumständen gehörig: Erstens die formalen Merkmale, da sonst die Kenntnis der Strafbarkeit zum Begriffsmerkmal des Vorsatzes gemacht werde. Dieses sei aber nach §§ 56—58 nicht richtig, welche nur die für die Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht für die Zurechnungsfähigkeit verlangten; sei aber die Strafbarkeit nicht Tatumstand, so könne auch die aus ihr resultierende Rechtswidrigkeit nicht als solche aufgefaßt werden.

Wir stimmen, wie in Kap. 6 ausgeführt, mit Heitz darin überein, daß die Strafbarkeit und Rechtswidrigkeit, das „gesetzlich mit Strafe bedroht sein", nicht Tatumstand ist, aber nicht mit der Heitzschen Begründung, sondern deshalb, weil wir die Strafbarkeit als nicht zum „gesetzlichen" Tatbestand gehörig erkannt haben.

Heitz scheidet weiter aus: alle subjektiven Tatbestandsmerkmale, als Vorsatz, Zurechnungsfähigkeit, bestimmte Absicht. Diese Ausscheidung ist bezüglich der beiden ersten

---

[4]) a. a. O. S. 18 ff.

Merkmale gleichfalls gerechtfertigt, weil sie nicht zum gesetzlichen Tatbestand im Sinne des § 59 gehören. Hinsichtlich der bestimmten Absicht ist es richtig, daß hier begrifflich von einer Unkenntnis dessen, der die Absicht hegt, kaum die Rede sein kann (hierüber unten Kap. 9).

Heitz kommt zu dem Schluß: „Tatumstände sind nur diejenigen Umstände, welche den äußeren Vorgang als solchen charakterisieren, durch welche die einer Deliktsart eigentümlichen äußeren materialen Merkmale ihre Verwirklichung finden" (S. 21), und nach Erörterungen über eine aus § 266 StrPO. abgeleitete präsumtio juris für das Vorliegen einer strafbaren Handlung, wenn eine strafmündige über 18 Jahre alte Person den äußeren Deliktstatbestand verwirklicht hat, kommt Heitz schließlich zur Definition: „Tatumstände sind die, die Strafbarkeit begründenden äußeren Merkmale einer Deliktsart" (S. 25).

Diese Definition enthält richtiges, ist aber nicht erschöpfend.

Lucas[5]) ist der Ansicht, daß das Gesetz unter Tatumständen nur solche Umstände verstanden haben will, welche nach der Doktrin Gegenstände des faktischen Irrtums sein können. Daher schließt er das Verbotensein und die Rechtswidrigkeit von der Zugehörigkeit zu den Tatumständen aus, weil diese Begriffe nichts Tatsächliches enthielten, sondern ein rechtliches Urteil. Es errege schon rein sprachlich betrachtet ein gewisses Befremden, das Verbotensein, das mit Bezug auf einen konkreten Tatbestand, stets nur das Ergebnis einer Denkoperation, nämlich der rechtlichen Schlußfolgerung, darstellen könne, einen Tatumstand nennen zu hören. Also auch Lucas verneint die Zugehörigkeit der Rechtswidrigkeit zu den Tatumständen.

Wenn Kahn[6]) dieser Argumentation entgegenhält, daß doch auch die Beurteilung einer Sache als einer „fremden", einer

---

[5]) a. a. O. S. 73.

[6]) Der ausserstrafrechtliche Rechtsirrtum, S. 50.

Person als einer „verschwägerten" usw. nichts andres sei als eine Denkoperation und bei Lucas eine Inkonsequenz darin erblickt, daß dieser trotzdem die Eigenschaft der Sache als einer fremden als Tatumstand anerkenne, so muß demgegenüber betont werden, daß der Vergleich hinkt; denn es ist etwas ganz anderes, ob ich mir ein falsches Urteil bilde über die rechtliche Wertung eines konkreten Tatbestandes oder ob ich die Eigenschaft einer Sache als einer fremden oder eigenen unter Verkennung von Rechtssätzen falsch beurteile. Hier hat der Irrtum über einen Rechtsbegriff als Grundirrtum einen weiteren Irrtum über die Eigenschaft eines Objekts, auf welches sich die Handlung bezieht und damit einen Irrtum über ein Tatbestandsmerkmal zur Folge. Dort handelt es sich um die strafrechtliche Wertung der Handlung; hier um einen Irrtum über Eigenschaften einer Sache, der auf falscher Rechtsanwendung beruhen kann, aber auch ebenso gut auf falschen Sinneswahrnehmungen. (Das Buch, das dem meinigen ähnlich sieht, ist ein fremdes.)

Unter faktischem Irrtum verseht Lucas auch den außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum und folgegemäß unter Tatumständen neben den rein tatsächlichen Momenten, die nicht strafrechtlichen Momente, aus welchen sich der Tatbestand mit zusammensetzt, während er die gleichfalls zum Tatbestand gehörigen strafrechtlichen Momente nicht dazurechnen will (S. 88).

Für diese Einteilung der rechtlichen Momente des Tatbestandes bietet, wenn einmal der Irrtum über die rechtlichen Momente überhaupt als beachtlich anerkannt wird — und dieses geschieht mit Recht — der § 59 keinerlei Grundlage [7]). Praktisch ist damit auch wenig erreicht. Denn diese Einteilung hat zu einer Reihe von sich widersprechenden Entscheidungen geführt, sie muß zur Willkür und Ungerechtigkeit führen [8]) und vor allem bietet die Unterscheidung in strafrechtliche und außerstrafrechtliche Momente der Rechtsprechung außerordentliche Schwierigkeiten.

---

[7]) Vgl. Allfeld, a. a. O. S. 33.

[8]) ebenda.

Den Mangel an Folgerichtigkeit und die widerspruchsvolle Anwendung dieses Grundsatzes hat Kohlrausch[9]) in einer eingehenden Kritik der Judikatur überzeugend dargetan.

Auch Heinemann[10]) verwirft die Zurechnung der Rechtswidrigkeit, des „Vorhandenseins einer Rechtsnorm" zu den Tatumständen, denn Rechtswidrigkeit als logische Abstraktion der Rechtswissenschaft könne nicht mit einer Tatsache als einer Erscheinung der Sinnnenwelt identifiziert werden. Die hier zum Ausdruck gebrachte Auffassung des Tatumstandes als Tatsache, als Erscheinung der Sinnenwelt dürfte, wie noch nachzuweisen ist (vgl. Kap. 9) zu eng sein, ebenso die Definition der Tatumstände als Summe der sämtlichen tatsächlichen Merkmale.

Hammerer[11]) umschreibt die Tatumstände als alle wesentlichen Momente der Tat und erklärt entgegen Heitz[12]) die Einreihung des Erfolges unter den Begriff der Tatumstände als der sprachlichen Bedeutung des Begriffs widersprechend für unzulässig. Auf diese Frage wird noch zurückzukommen sein. (Kap. 9.)

Singer[13]) bezeichnet ähnlich wie Binding die Rechtswidrigkeit, seinerseits die „Rechtspflichtwidrigkeit" als wichtigsten rechtserheblichen Umstand, also als Tatumstand. Wir haben oben die Pflichtwidrigkeit als das wesentliche Kriterium der Schuld erkannt, die wir zum allgemeinen Tatbestand zählen. Schon aus diesem Grunde kann von ihrer Bezeichnung als Tatumstand nicht die Rede sein. Auch rein sprachlich ist es unangängig, die Rechtspflichtwidrigkeit einer Tat, also ihre rechtlich ethische Wertung, als Tatumstand aufzufassen.

Schweitzer[14]) versteht unter Tatumständen diejenigen konkreten Verhältnisse der Außenwelt, in denen sich

---

[9]) a. a. O. S. 119 ff.
[10]) a. a. O. S. 126.
[11]) a. a. O. S. 31.
[12]) a. a. O. S. 26.
[13]) Ueber den Einfluss des Rechtsirrtums auf den Vorsatz, S. 98.
[14]) a. a. O. S. 17/18.

die im gesetzlichen Tatbestand enthaltenen Verbrechensmerkmale verkörpern. Auch er verlangt neben dem Kennen der Tatumstände noch das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit, ohne jedoch diese selbst als Tatumstand aufzufassen.

Das letztere tut dagegen Liepmann[15]), der, wie schon (Kap. 4) erwähnt, unter gesetzlichem Tatbestand den allgemeinen mitverstanden wissen will. Demgegenüber betont er aber richtig, daß § 59 nur das Wissen derjenigen Merkmale fordere, welche für die Beurteilung der Tat als einer pflichtwidrigen maßgebend seien.

Auch Oetker[16]) scheint sämtliche Tatbestandsmerkmale (allgemeine und besondere) zu den Tatumständen zählen zu wollen, indem er dazu rechnet Subjekt, Objekt und Tätigkeit in der Beschaffenheit, wie die Norm sie fordert.

Kahn[17]) erklärt die sprachliche Bedeutung des Wortes als „die gesamte zur Zeit der Tat bestehende Außenwelt und Innenwelt des Täters". Die Zahl der Tatumstände sei unübersehlich. Das Gesetz greife aus dieser Zahl einzelne heraus (seelische Begebenheiten, Willensrichtungen, Eigenschaften von Sachen und Personen) und vereinige sie in einem gesetzlichen Tatbestand (begriffliche Beschreibung des Verbrechens), bei dessen Vorliegen der Gesetzgeber Anlaß zu einer Reaktion finde. Im Strafgesetz zähle der Gesetzgeber die Verbrechensmerkmale auf (allgemeine und besondere) und die Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, seien die konkrete Verwirklichung der abstrakten Verbrechensmerkmale. Nach § 59 seien aber nicht alle Verwirklichungen der Verbrechensmerkmale gemeint, sondern nur die sog. äußeren Tatumstände, d. h. die der äußeren Tatseite angehörenden.

Ähnlich Beling[18]): Tatumstände sind die konkreten realen Tatsachen insoweit sie sich den Tatbestandsmerkmalen subsumieren lassen.

---

[15]) a. a. O. S. 139.
[16]) a. a. O. S. 82.
[17]) a. a. O. S. 49.
[18]) a. a. O. S. 112.

Das Reichsgericht identifiziert in E. II, 208, Tatumstände einfach mit Tatbestandsmerkmalen und in E. VIII, 106/107 betont es, daß alles, dessen Kenntnis durch die gesetzliche Definition eines einzelnen Verbrechens bei dem Täter ausdrücklich gefordert werde, Tatumstand im Sinne des § 59 sei, auch wenn es sich dabei um gesetzliche Bestimmungen handle.

Nach Olshausen[19]) in Anlehnung an Reichsgericht X, 234, sind Tatumstände alle tatsächlichen Momente, welche für den Begriff der betreffenden strafbaren Handlung in objektiver (?) und subjektiver Hinsicht wesentlich sind; nach Bohlmann[20]): Die konkreten Verhältnisse, in welchen sich die einzelnen Tatbestandsmerkmale verkörpern.

Die verschiedenen Meinungen lassen sich, abgesehen von größeren und geringeren Differenzierungen, in folgende zwei Gruppen zusammenfassen, erstens Rechtswidrigkeit, Strafbarkeit, Pflichtwidrigkeit gehören zu den Tatumständen (Binding, Liepmann, Singer, Kohlrausch, wohl auch Oetker) zweitens Tatumstände gleich Konkretisierung der besonderen Tatbestandsmerkmale (Beling, Bohlmann, Heinemann, Heitz, Hammerer, Kahn, Olshausen, Schweitzer).

Kapitel 8.

Ueberblick über die Entwicklungsgeschichte des § 59 StGB.

Wenn im folgenden versucht werden soll, den Begriff der Tatumstände im Sinne des § 59 zu bestimmen, so liegt es nahe hierzu zunächst die Entwicklungsgeschichte des Paragraphen heranzuziehen, ob sich etwa in dieser Anhaltspunkte für den Inhalt des Begriffs finden lassen.

---

[19]) Note 4 zu § 59.

[20]) Bohlmann, Der Irrtum im Strafrecht, S. 8.

Es ist schon in der Einleitung darauf hingewiesen worden, daß der § 59 StGB. inhaltlich aus dem § 44 des Pr. StGB. von 1851 hervorgegangen ist und diesem gegenüber sich nur als eine redaktionelle Änderung darstellt.

Dieser § 44 lautet:

„Wenn die Strafbarkeit einer Handlung abhängig ist, entweder von einer besonderen Eigenschaft in der Person des Täters, oder desjenigen, auf welchen sich die Tat bezog, oder von den besonderen Umständen, unter welchen die Handlung begangen wurde, so ist eine solche Handlung demjenigen als Verbrechen oder Vergehen nicht anzurechnen, welchem jene Verhältnisse oder Umstände zur Zeit der Tat unbekannt waren.

Wenn durch solche dem Täter unbekannt gebliebene Verhältnisse oder Umstände die Strafbarkeit der von ihm begangenen Handlung erhöht wird, so sollen ihm diese erschwerenden Umstände zur Zeit der Tat nicht zugerechnet werden".

Diese Bestimmung war im 1. Entwurf § 78 folgendermaßen gefaßt:

„Auch derjenige ist straflos, der eine Handlung begeht, welche an sich erlaubt und nur wegen ihm unbekannt gebliebener besonderer Umstände strafbar ist".

Bei der Revision von 1845 wurde die Aufnahme der „mit Rücksicht auf den Begriff des Vorsatzes selbstverständlichen" Vorschrift bei den Bestimmungen über die Zurechnungsfähigkeit empfohlen, „da es sich hier um ein abnormales Verhältnis des subjektiven Bewußtseins zu den tatsächlichen Umständen handle".

Trotzdem der § im Entwurf von 1850 wieder weggelassen war, weil, wie die Motive hervorheben, man „durch strenge Folgerung aus dem Begriff des Vorsatzes auf dasselbe Resultat kommen könne, wenn man die objektive und subjektive Seite des Verbrechens scharf sondere", befürwortete die Kommission

der zweiten Kammer aus praktischen Rücksichten seine Aufnahme [1]).

Aus dem § 44 entwickelte sich der heutige § 59 zunächst zum § 52 des ersten Entwurfs in der Fassung:

> „Wenn jemand bei seiner Handlung Umstände oder Eigenschaften nicht kannte, durch deren Dasein die Strafbarkeit jener Handlung bedingt ist, so ist dieselbe straflos.
>
> Waren dem Handelnden solche Umstände oder Eigenschaften nicht bekannt, durch deren Dasein die Strafbarkeit der Handlung erhöht wird, so sollen ihm diese Umstände nicht zugerechnet werden."

Dazu sagen die Motive: „Der Grundsatz, daß eine Handlung dem Täter nur insofern zur Schuld und Strafe anzurechnen sei, als der Wille und die Handlung einander entsprechen, findet in § 52 seine Anerkennung. Die redaktionellen Änderungen gegenüber dem preußischen § 44 haben den sachlichen Grundsatz selbst nicht alterieren, sondern nur Zweifel, zu welchen die Fassung Anlaß gegeben hat, beseitigen wollen" [2].

Die Abänderung des § 52 des 1. Entwurfs zum heutigen Abs. 1 des § 59, welcher lautet:

> „Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht anzurechnen",

ist nicht motiviert [3]).

---

[1]) Vgl. Heinemann, a. a. O. S. 123/124.

[2]) Vgl. hierüber v. Hippel, Vergleichende Darstellungen III S. 483 ff., 486 ff.

[3]) In seiner Fassung erinnert der § 59 stark an Art. 69, Bayr. Ges. von 1861, welcher lautet:

> Wenn jemand bei Begehung seiner Handlung einen Tatumstand nicht kannte, durch dessen Dasein die Strafbarkeit jener Handlung bedingt ist, so ist die letztere straflos.
>
> Waren dem Handelnden solche Tatumstände unbekannt, durch

Kapitel 9.

Begriffsbestimmung.

Wir sehen also eine direkte Handhabe für die Bestimmung des Begriffs „Tatumstand" und seines Inhalts gewährt uns die Geschichte des Paragraphen nicht.

Nur eines ist sicher: Es findet sich in seiner ganzen Entstehungsgeschichte keinerlei Anhaltspunkt dafür, daß die Rechtswidrigkeit oder die Strafbarkeit der Handlung oder das Strafgesetz selbst zu den Tatumständen im Sinne des § 59 gerechnet werden können [1]).

Nur die Betonung des Grundsatzes, „daß Wille und Handlung einander entsprechen müssen" durch die Motive zum § 52 des ersten Entwurfs, ist für unsere Begriffsbestimmung insofern von Bedeutung, als damit nichts anderes gesagt sein kann, als daß der Täter alles das gekannt haben muß, was seine Handlung zur subjektiv strafbaren macht. Denn nur was er gewußt hat, kann er auch gewollt haben. Da nun nach § 59 der Täter die Tatumstände gekannt haben muß, so sind diese diejenigen Momente, welche die Handlung, wenn gekannt, zur subjektiv strafbaren (schuldhaften) machen.

Darüber was alles zu diesen Momenten zu rechnen ist, gibt die Entwicklungsgeschichte nur eine ganz spärliche Auskunft: Bei einem Vergleich der Fassung des § 59 mit dem ersten Entwurf und dem § 44 Preuß. StGB. fällt es auf, daß § 59 nur von Tatumständen spricht, während früher immer die Rede war von Eigenschaften der Person und von Umständen. Nun ist nicht anzunehmen, daß durch den § 59 die Unkenntnis der

---

deren Dasein die Strafbarkeit erhöht wird, so werden diese Umstände bei der Bestrafung ausser Berücksichtigung gelassen.

Man geht wohl nicht fehl mit der Annahme, dass diese Vorschrift des Bayr. StGB. bei der Redaktion des § 59 mitbestimmend gewesen ist.

[1]) So auch Frank, Aufbau S. 21.

Eigenschaften der Person von der Zugehörigkeit zu den für die Schuldfrage beachtlichen Momenten, ausgeschlossen werden sollten. Der Begriff Tatumstand umfaßt also jedenfalls auch diese Eigenschaften.

Mehr läßt sich über den Begriff der Tatumstände aus der Entstehungsgeschichte des § 59 nicht entnehmen. Vor allem gibt diese keinerlei positiven Anhaltspunkt dafür, ob und inwieweit Rechte, Rechtsverhältnisse und sonstige Rechtsbeziehungen als Tatumstände aufgefaßt werden können.

Von Hippel (a. a. O.) betont wiederholt, daß der § 59 nur eine dürftige Vorschrift über den Tatirrtum enthalte; und dieses mit Recht, insofern unter Tatirrtum die Verkennung der Tat als solcher verstanden wird. Dafür jedoch, daß der Geltungsbereich des § 59 auf den Irrtum über reine Tatsachen beschränkt sein soll, findet sich in seiner Entstehungsgeschichte keinerlei Stütze.

Hat also der Begriff „Tatumstände im Sinne des § 59" keine besondere historische Bedeutung, so steht nichts im Wege, ihn unter Berücksichtigung seiner oben dargestellten Bedeutung für die Beurteilung der Handlung als einer subjektiv strafbaren, seinem Wortsinn entsprechend zu interpretieren.

Wenn wir das Wort „Tatumstände" entsprechend der Fassung des § 44 Preuß. StGB. umschreiben als „Umstände, unter welchen eine Tat vollbracht wird" [2]), so ist damit zwar noch keine Definition gegeben, aber es ist das Kompositum in seine Bestandteile zerlegt und die richtige Beziehung dieser Bestandteile zueinander zum Ausdruck gebracht. Es wäre u. E. falsch, wollte man diese Beziehung in der Weise auffassen, daß durch den Bestandteil „Tat" nur eine Eigenschaft der Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören . . . als „tatsächlicher" bezeichnet werden solle, in dem Sinn, daß nur eine Tatsachen Gegenstand des nach § 59 beachtlichen Irrtums sein könnten.

---

[2]) Vgl. v. Buri, a. a. O. S. 191: „Tatumstände = Handlungsumstände . . . Umstände, unter welchen die Handlung stattgefunden hat".

Sind also Tatumstände diejenigen Umstände, unter welchen die Tat vollbracht wird, dann können wir selbstverständlich die Tat selbst, das Tun, die jedem Delikt eigene, an sich rechtlich indifferente [3]) Körperbewegung, den Willensakt, nicht als Tatumstand auffassen: Nicht also beim Diebstahl die Wegnahme der Sache, nicht bei der Unterschlagung etwa die Verwendung der Sache für eigene Zwecke, ebenso nicht bei der Begünstigung etwa das Verstecken des Diebes, oder beim Betrug die Vorspiegelung falscher Tatsachen, nicht für § 299 das Spielen an sich, oder für § 292 die Jagdausübung u. s. f.

Alle diese Tätigkeiten sind zwar notwendige Tatbestandsmerkmale der einzelnen Delikte, nicht aber Tatumstände.

Ihr Ausschluß von dem Begriff der Tatumstände ergibt sich übrigens schon aus dem Wortlaut des § 59: „Wer bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein . . . nicht kannte . . .".

Diese Begehung, die Täterschaft, muß in erster Linie feststehen, sie muß dem Beschuldigten zu allererst nachgewiesen sein, ehe die Frage geprüft wird, was er bei der Begehung gewußt hat; und wenn er etwa schon von vornherein feststeht, daß er sich der Tat selbst nicht bewußt geworden ist, etwa weil die Tat in einem Anfall von Epilepsie erfolgte oder weil es sich um Reflexbewegungen handelt, von einem Willensakt also gar nicht die Rede sein kann, dann bedarf es keiner weiteren Prüfung der Schuldfrage.

Was für die Tat gesagt ist, gilt selbstverständlich auch für die Untätigkeit bei den Unterlassungsdelikten. Es würde doch sicher keinen Sinn haben, wollte man beispielsweise in § 139 StGB. die Unterlassung der Anzeige der betreffenden Delikte, welche hinsichtlich aller anderen Delikte strafrechtlich ohne jede Bedeutung ist, als Tatumstand bezeichnen.

Ebensowenig, wie die Tätigkeit als solche, kann der durch sie herbeigeführte Erfolg, die Folge des Willensaktes, als

---

[3]) Vgl. § 78 des 1. Entw. z. Preuss. StGB. oben S. 42: „der eine Handlung begeht, „welche an sich erlaubt ist"."

Tatumstand im Sinne des § 59 StGB. aufgefaßt werden; denn erstens ist er das Ergebnis der Tat, kann also nicht ein Umstand sein, unter dem sie sich vollzieht; zweitens spricht der § 59 von der Kenntnis der Tatumstände bei Begehung der strafbaren Handlung[4]), der Erfolg kann aber begrifflich erst nach der Begehung der Handlung eintreten.

Die Begründung der gegenteiligen Ansicht bei Heitz[5]): „Daß nämlich unter Tatumständen im Sinne des § 59 auch „künftige" Tatumstände zu verstehen seien", damit, daß der Gesetzgeber die strafbare Handlung nicht als werdenden Vorgang betrachte, wie er dem Täter bei Begehung der Tat erscheine, sondern als abgeschlossenen, wie er dem Richter zur Beurteilung unterliege, ist gegenüber dem bestimmten Wortlaut des Gesetzes, der vom Heitzschen Standpunkt aus gar keinen Sinn hätte, nicht stichhaltig. Und woraus ergibt sich denn daß der Gesetzgeber wirklich bei § 59 den Standpunkt einnehmen wollte, wie Heitz behauptet? Solange dieses nicht bewiesen ist, muß die hier vertretene Ansicht, weil dem Wortlaut des Paragraphen entsprechend, als die richtige gelten.

Ist das der Fall, so spricht gegen die Eigenschaft des Erfolgs als Tatumstand im Sinne des § 59 auch noch die Tatsache, daß er zur Zeit der Begehung der Handlung nicht gekannt, sondern nur als möglich, wahrscheinlich oder auch sicher vorgestellt sein kann[6]).

An den Erfolg kann und muß der Täter bei der Begehung der Handlung zwar gedacht haben — insofern gehört er zum Vorsatz ebenso wie die Tatumstände, welche der Täter im selben Moment gekannt haben muß.

---

[4]) Vgl. Olshausen N. 8 zu § 59.

[5]) a. a. O. S. 26/27.

[6]) Inwiefern ein Irrtum über den Erfolg einer vorhergehenden Handlung die Quelle des Irrtums über einen Tatumstand bei einer nachfolgenden Handlung werden kann (z. B.: A glaubt den nur betäubten B ermordet zu haben und wirft ihn, um den Leichnam zu beseitigen, ins Wasser, wo derselbe nunmehr ertrinkt) vgl. Olshausen N. 28 zu § 59.

(Über die Geeignetheit der Handlung, den Erfolg herbeizuführen vgl. unten Kap. 20)[7]).

Noch eine andere Art von Tatbestandsmerkmalen werden wir, wenn verwirklicht, von der Zugehörigkeit zu den Tatumständen ausnehmen müssen; nämlich diejenigen zum besonderen Tatbestand gehörigen Merkmale, welche dem „subjektiven" Tatbestand angehören, in der Psyche des Täters gegeben sind, und deren Verwirklichung nur durch Symptome erkennbar wird. Hierher gehören die Überlegung beim Mord oder bei Majestätsbeleidigungen, ferner Zweck, Absicht und Motiv z. B. in den §§ 124, 263, 272, 333 ff.

Bezüglich dieser Merkmale ist eine Unkenntnis bei Begehung der Tat begrifflich nicht möglich, denn die Kenntnis von dem Zustand seines Inneren besitzt der zurechnungsfähige Täter stets mit Notwendigkeit[8]).

Außerdem können als Umstand (gleich das was sich darum befindet, also außerhalb ist, circumstantia) der Wortbedeutung nach doch nur solche Merkmale in Frage kommen, welche der Außenwelt des Täters angehören, ohne daß diese gerade unbedingt sinnfällig wahrnehmbar sein müssen (Eigenschaften von Personen, Sachen, Handlungen)[9]). (Vgl. unten Kap. 10, 17 a, 18.)

Eine andere Auffassung des Wortes „Umstand" ist logisch schlechterdings unmöglich. A. M. Kahn[10]), welcher unter Tatumständen die gesamte zur Zeit der Tat bestehende Gestaltung der Außen- und Innenwelt des Täters versteht. Dagegen richtiger Waag[11]): „Tatumstände sind die gesamte, der Handlung und Unterlassung, die in Frage steht, gleichzeitige oder nachfolgende (?) Gestaltung der Außenwelt der Persönlichkeit"[12]).

---

[7]) Derselben Ansicht Hammerer, a. a. O. S. 33 Anm. 1.

[8]) von Buri, Ger. S. 29 S. 197.

[9]) Vgl. Köhler, a. a. O. S. 104.

[10]) a. a. O. S. 49.

[11]) Ger. S. 34, S. 253.

[12]) Vgl. auch v. Buri, a. a. O. S. 191: „Nur äussere faktische Verhältnisse"; auch Köhler. a. a. O. S. 65.

Schließlich können auch solche im besonderen Tatbestand geforderten Momente, deren Vorhandensein objektiver richterlicher Würdigung unterliegt, und deren Unkenntnis die Möglichkeit, die Pflichtwidrigkeit zu erkennen, nicht ausschließen kann, nicht zu den Tatumständen als den äußeren Bedingungen für die Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit gerechnet werden: So z. B. Modalitäten der Zeit und des Ortes: „Nachtzeit" in § 296; „in oder gleich nach der Geburt" in § 217; „öffentliche Straße", „Orte, wo Menschen verkehren" in § 366, Ziff. 8; hierher gehört z. B. auch die „Gemeingefährlichkeit des angedrohten Verbrechens" in § 126 StGB.[13]).

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß diejenigen Definitionen, welche die Tatumstände einfach als Konkretisierung der abstrakten Verbrechensmerkmale bezeichnen, nicht zutreffend sind, daß die Tatumstände im Sinn des § 59 zwar zu den konkretisierten Tatbestandsmerkmalen gehören, nicht aber mit ihnen identisch sind.

Wir haben also folgende Eigenschaften der Tatumstände erkannt. Erstens, sie sind Bedingungen für die Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit. Zweitens, es können nur solche Bedingungen für diese Erkenntnis in Betracht kommen, welche der Außenwelt des Täters angehören und drittens, sie müssen im besonderen Tatbestand des einzelnen Delikts aufgeführt sein als Merkmale, welche ein an sich strafrechtlich gleichgültiges Verhalten zum objektiv strafbaren machen.

Daraus ergibt sich folgende Definition:

„Tatumstände sind die Verwirklichung „derjenigen Merkmale des besonderen „Tatbestands, welche den in diesem näher „beschriebenen, an sich strafrechtlich in- „differenten Verhalten (Tätigkeit oder „Untätigkeit) des Täters den Charakter „einer objektiv strafbaren Handlung ver- „leihen, einschließlich derjenigen, welche „den Grad der Strafbarkeit bestimmen

[13]) Vgl. Olshausen zu § 126 N. 3 Abs. 2.

„und von deren positiver Kenntnis als „äußerer Bedingung für die Erkenntnis „der Pflichtwidrigkeit der Handlung die „(grössere oder geringere) Schuld des „Täters abhängt."

Diese Begriffsbestimmung enthält Einschränkungen des Begriffs in doppelter Hinsicht. Erstens: nicht alle Tatbestandsmerkmale gehören, wenn konkretisiert, zu den Tatumständen im Sinne des § 59, sondern nur diejenigen, deren Kenntnis schuldbegründend sein kann. Zweitens: von den zahlreichen Momenten, deren Unkenntnis oder unrichtige Kenntnis oder irrtümliche Annahme die Erkenntnis der Strafbarkeit verhindern oder erschweren kann, gehören nur diejenigen zu den Tatumständen, welche dem gesetzlichen Tatbestand angehören.

Der § 59 betrifft also nur denjenigen für die Schuldfrage relevanten Irrtum, welcher sich auf die Tatbestandlichkeit der Handlung bezieht.

Hierbei ist zu betonen, daß der § 59 beim Vorhandensein dieses Irrtums die Zurechnung zur Schuld ohne irgend welche Einschränkung schlechthin ausschließt; daß insbesondere, abgesehen von Absatz 2, der Ursache der Unkenntnis oder der unrichtigen Kenntnis keinerlei Bedeutung beigemessen wird, daß es also nicht darauf ankommen kann, ob sie auf einem Tatirrtum oder auf einem Rechtsirrtum beruht. Die Tatsache der Unkenntnis allein genügt.

Daraus ergibt sich umgekehrt, daß der § 59 für die Zurechnung die bestimmte oder unbestimmte Kenntnis [14]) verlangt,

---

[14]) Es genügt, dass der Täter das Vorhandensein des in seiner Beziehung zum Tatbestand erkannten Tatumstandes als möglich gekannt hat; subjektive Ueberzeugung ist nicht erforderlich (Olshausen N. 6 und 7). Wer bei Begehung der Tat im Zweifel über einen Tatumstand war, der musste vor dem Entschluss zur Handlung sich über das Nichtvorhandensein des Tatumstandes vergewissern (der Zweifel über das Alter des noch nicht 14 Jahre alten Mädchens musste ihn von der unzüchtigen Handlung abhalten); handelte er trotz dieses Zweifels, so liegt je nachdem er sich der Erwartung hingegeben hat, dass der Tatumstand

welche dem Täter nachgewiesen werden muß, und daß ohne diesen Nachweis eine Bestrafung des Täters (wenigstens insoweit der nichtgekannte Tatumstand in Betracht kommt) nicht erfolgen darf [15]), während anderseits, wie wir noch sehen werden, auch trotz erwiesener Kenntnis der Tatumstände, die Schuldfrage häufig verneint werden muß.

Wann ein Tatumstand als gekannt anzusehen ist, soll im folgenden Kapitel erörtert werden.

Es muß sodann im einzelnen auf verschiedene Gruppen von straf- bezw. schuldausschließenden Momenten und verschiedene besondere Arten von Tatbestandsmerkmalen des Näheren eingegangen und ihr Verhältnis zum Begriff des Tatumstandes im Sinne des § 59 festgestellt werden. Dieses geschieht in den Kapiteln 11—22.

Kapitel 10.

Der Subsumtionsirrtum.

Die Tatbestandsmerkmale, aus welchen sich die einzelnen Tatbestände zusammensetzen, sind Begriffsmerkmale. Keine unserer Strafbestimmungen knüpft die Strafe an das Vorliegen einer Summe von rein sinnlich wahrnehmbaren Ereignissen, sie verwenden vielmehr zur Beschreibung des Delikts Begriffe, die ihrerseits sich darstellen als Komplex von sinnfälligen Ereignissen oder von engeren Begriffen. Wir finden in den Gesetzen Begriffe, die dem allgemeinen Sprachgebrauch angehörig und daher jedermann bekannt und verständlich sind („Sache" § 242, „Gottesdienst" § 243 Ziff. 1, „bewohntes Gebäude" § 243 Ziff. 7, „Gewalt" § 249 usw.); andere gehören speziell der

---

nicht gegeben sei oder dass er auch gehandelt hätte trotz seines Vorhandenseins, Fahrlässigkeit oder Vorsatz (dolus eventualis) vor (vgl. RG. 24 S. 420, 39 S. 87, Frank V zu § 59).

[15]) So die g. M., vgl. Olshausen N. 7 („zu beweisen ist eine, wenn auch nur unvollständige Kenntnis").

Rechtswissenschaft an, sodaß ihr Inhalt im allgemeinen nicht als dem Laien bekannt vorausgesetzt werden darf („Erpressung" § 256, „Verbrechen, Vergehen" § 257, „Begünstigung" § 258 ff., „Notwehr, Notstand"); wieder andere sind allerdings rein rechtlicher Natur, sind aber dem Laien ebenso geläufig wie dem Juristen („fremde" Sachen); endlich gibt es auch solche Begriffe, die zwar auch im allgemeinen Sprachgebrauch Verwendung finden, welche aber die Rechtswissenschaft und das Gesetz in einer ganz spezifischen Bedeutung gebrauchen (Unzucht, Mord, Totschlag, Glücksspiel).

Mit Rücksicht hierauf fragt es sich, wann ist Kenntnis der Tatumstände im Sinne des § 59 StGB. vorhanden? Etwa schon dann, wenn diejenigen Tatsachen und Ereignisse in ihrer konkretesten Gestalt bekannt sind, welche unter einen bestimmten Begriff zusammenzufassen sind, oder erst dann, wenn der Täter die sinnfälligen Wahrnehmungen diesem Begriff subsumiert hat. Genügt es also, daß der Dieb weiß, daß er eine einem anderen gehörige Sache wegnimmt, oder muß er sich klar gemacht haben, daß die Sache eine „fremde" sei; oder daß der Totschläger weiß, daß er einen Menschen so verletzt, daß dessen Herztätigkeit aufhören muß, oder mußte er wissen, daß eine derartige Tat als „Tötung" bezeichnet wird; genügt es für § 180 StGB., wenn der Kuppler weiß, daß er es zwei unverheirateten Personen, etwa Verlobten ermöglicht, den Geschlechtsakt zu vollziehen, oder muß er gewußt haben, daß das Gesetz den außerehelichen Geschlechtsverkehr als „Unzucht" bezeichne, oder für § 284, daß der Inhaber eines Spielautomaten weiß, daß für die große Mehrheit der Spieler der Gewinn vom Zufall abhängt, oder muß er gewußt haben, daß es sich bei dieser Sachlage um ein „Glücksspiel" handelt?

Von Liszt verlangt zum Vorsatz die richtige Subsumtion der Tat unter das Gesetz, der Tatumstände unter die Tatbestandsmerkmale[1]). Nach ihm muß der Täter wissen, daß

[1]) a. a. O. S. 179; mit dieser Forderung nähert er sich stark der von ihm mit Recht bekämpften Ansicht, welche zum Vorsatz das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit verlangt.

die von ihm entwendete Sache eine fremde, daß das gefälschte Schriftstück eine Urkunde, die von ihm geförderte Handlung Unzucht sei. Hiergegen betont Frank[2]) mit Recht, daß eine derart weitgehende Berücksichtigung des Subsumtionsirrtums zu dem Ergebnis führe, daß schließlich nur der Jurist ein Verbrechen begehen könne.

Gegen die v. Lisztsche Meinung wendet sich auch v. Hippel[3]), welcher die sorgfältige Analyse des einzelnen Strafgesetzes maßgebend sein lassen will; ferner Beling[4]), der den dolus auch dann annimmt, „wenn die Subsumtion vorstellungsfremd gewesen ist“[5]).

U. E. zeigt v. Hippel den richtigen Weg. Es wird unterschieden werden müssen, ob im einzelnen das Gesetz einen Begriff verwendet, welcher dem allgemeinen Sprachgebrauch geläufig ist (dann macht es keinen Unterschied, ob es sich um einen Rechtsbegriff handelt oder nicht) oder ob das Gesetz einen Begriff verwertet, der entweder rein juristisch ist, oder dem es eine vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichende Bedeutung beimißt.

Im ersteren Falle dürfte allgemein die Kenntnis des Tatumstands erst dann anzunehmen sein, wenn der Täter die sinnfälligen Wahrnehmungen dem betreffenden, allgemein geläufigen Begriff subsumiert hat. Denn solange dieses nicht der Fall ist, muß beim erkenntnisfähigen Täter auf unvollständige sinnliche Wahrnehmung geschlossen werden.

Hier genügt also nicht ohne weiteres die Kenntnis des Tatumstandes nur seiner tatsächlichen Natur nach, eine gewisse u. U. auch rechtliche Beurteilung muß vielmehr hinzukommen und zwar so, daß der Täter erkennen kann, daß seine Handlung sich gegen dasjenige Rechtsgut richtet oder gegen diejenige spezielle Pflicht, wogegen sie sich nach dem objektiven Tat-

---

[2]) Komm. 1911, S. 136.

[3]) a. a. O. S. 562.

[4]) a. a. O. S. 188.

[5]) Ebenso Köhler, a. a. O. S. 16ff. und RG. 32, S. 417, 34 S. 222, 420. RMG. 12, 205.

bestand zu richten hat[6]). Ein fremdes Recht (fremdes Eigentum, fremdes Jagdrecht, ein Pfandrecht, Zurückbehaltungsrecht, eine fremde Rechtsposition [Eigenschaft als Ehemann für § 172 StGB.]), welches nach dem Tatbestand das Objekt der strafbaren Handlung sein soll, muß als solches erkannt sein.

Dabei darf nicht übersehen werden, daß Tatumstände die konkrete Verwirklichung von äußeren Tatbestandsmerkmalen, also konkrete Rechte, Rechtsverhältnisse, Eigenschaften, niemals aber bloße abstrakte Begriffe sein können, wie sie die Strafgesetze häufig verwenden, um eine Reihe von Tatbestandsmerkmalen zusammenzufassen, z. B.: „strafbare Handlungen" in § 249; „Mord, Brandstiftung" in § 254, „Verbrechen" in § 49 a, 257,[7]) „Totschlag" in § 215, „Körperverletzung" in § 223 a ff. usw.

Hier wird es dem Täter niemals helfen, wenn er die konkrete strafbare Handlung, das konkrete Verbrechen usw. nicht als solche erkannt hat[8]).

Es gehören hierher auch Begriffe, wie „Unzucht" in § 180 ff.: Der Kuppler braucht nicht die betreffende Handlung wirklich als Unzucht aufgefaßt zu haben[9]); beim Glücksspiel braucht derjenige, welcher alle tatsächlichen Momente, aus denen die Qualifikation eines Spiels als Glücksspiel, namentlich den wesentlichen Einfluß des Zufalls gekannt hat, nicht zu wissen, daß das Gesetz die Gesamtheit dieser tatsächlichen Momente unter dem Begriff Glücksspiel zusammenfaßt[10]).

In solchen Fällen, z. B. auch für den Begriff Ärgernis in §§ 166, 305 StGB. genügt die Kenntnis der einzelnen Momente,

---

[6]) Vgl. Frank, Komm. S. 137.

[7]) Vgl. hierzu RG. 13, S. 83: Es genügt, dass der Angeklagte gewusst hat, dass die Straftat des Begünstigten eine schwere sei, nicht notwendig ist, dass er gewusst hat, wie dieselbe zu qualifizieren sei.

[8]) Vgl. Beling, a. a. O. S. 189.

[9]) Vgl. RG. V S. 250.

[10]) RG. 19 S. 253, 43 S. 25.

welche den betreffenden Begriff ausmachen, der § 59 verlangt in keiner Weise ihre Zusammenfassung zum Begriff[11]).

Neben den bisher hervorgehobenen Begriffen bedürfen besonderer Erwähnung gewisse Eigenschaften des Täters oder der Personen, auf welche die Handlung Bezug hat, oder gegen welche sie sich richtet:

a) Eigenschaften des Täters: Wenn das Gesetz der Zuwiderhandlung gegen bestimmte Standespflichten (der Beamten, Kaufleute, Soldaten) entgegentritt, wird man allgemein die Zugehörigkeit des Täters zu dem betreffenden Stande als Tatumstand im Sinne des § 59 betrachten müssen[12]). Der Täter muß also wissen, daß er Beamter, Kaufmann, Soldat sei.

Man wird sich aber in vielen Fällen damit begnügen können, daß er sich bewußt war, eine Tätigkeit auszuüben, welche als die eines Beamten usw. gilt, und daß er den mit dieser Tätigkeit verbundenen Pflichtenkreis kannte.

Anderer Meinung scheint das Reichsgericht in E. 23 S. 374 zu sein, wenn es die Freisprechung öffentlich angestellter Fleischbeschauer, welche amtlich eine wissentlich falsche Beurkundung vorgenommen hatten, billigt, weil sie ihre Beamteneigenschaft nicht gekannt hätten, trotzdem ihnen die mit dem Amte verknüpften Pflichten vollkommen bekannt waren, „weil dieser Irrtum sich auf staatsrechtliche Vorschriften, Grundsätze und Übungen beziehe und jeder tatsächliche Irrtum hierüber einen Schulausschließungsgrund bilde". U. E. muß es genügen, daß sie sich bewußt waren, öffentlich als Fleischbeschauer tätig zu sein, und daß ihren amtlichen Beurkundungen gerade deshalb besondere Bedeutung beigemessen würde, weil sie von ihnen in ihrer Eigenschaft als Fleischbeschauer ausgestellt waren.

Anders liegt der vom Reichsmilitärgericht 13 S. 13 ent-

---

[11]) Vgl. auch RMG. 10, 171; 12, 205; Frank, Komm. S. 137; in einer Entscheidung des 2. Senats vom 14. 3. 05 (Recht 9 S. 229) bezeichnet das RG. diesen Begriffsirrtum (für Lotterie und Spiel) als stets unbeachtlichen Irrtum über das Strafgesetz; ähnlich auch RMG. 13, 199.

[12]) Vgl. z. B. für § 154, Zif. 2, 3, RG. 24 S. 86.

schiedene Fall, betr. den Irrtum über die Zugehörigkeit zum Soldatenstand: Ein Soldat, welcher nach Beendigung seiner aktiven Dienstzeit und nach der Entlassung seiner Kameraden noch krank im Lazareth lag, glaubte nicht mehr Soldat zu sein, weil seine Dienstzeit um war. Dieser Irrtum ist zweifelllos ein solcher, welcher die Möglichkeit, die Pflichtwidrigkeit einer militärischen Insubordination zu erkennen, beseitigt; also beachtlicher Irrtum über einen Tatumstand. In solchen Fällen bedarf es u. E. besonderer Instruktion an den betreffenden Soldaten. Von diesem Gesichtspunkt aus ist die zitierte Entscheidung unrichtig.

Richtig dagegen ist die Entscheidung des Reichsgerichts E. 23 S. 314: Der Vater, welcher wußte, daß sein Sohn zum Militär ausgehoben, aber bis zum Einstellungstag vorläufig in die Heimat beurlaubt war, konnte die Pflichtwidrigkeit der Förderung der Auswanderung des Sohnes erkennen, auch wenn er diesen nicht für einen Soldaten im technischen Sinne hielt [13]).

b) Eigenschaften der Person, gegen welche sich die Handlung richtet: Zunächst gehört hierher der Fall der §§ 113 ff. In diesen Fällen muß der Täter wissen, daß derjenige, gegen den sich der Widerstand richtet, dessen Anordnungen er nicht Folge leistet, zuständiger Beamter ist [14]). So auch das Reichsgericht für § 113 [15]).

Ähnlich ist zu beurteilen der Irrtum über die staatsrechtliche Stellung dessen, gegen den sich die Handlung richtet: Die Verkennung der Eigenschaft des Mitglieds eines landesherrlichen Hauses als eines solchen (§§ 96/97) ist Irrtum über einen Tatumstand [16]).

---

[13]) Die Begründung dieser Entscheidung damit, dass der Begriff Soldat in § 112 StGB. definiert sei, ist aber äusserst gezwungen. Man vergleiche den Widerspruch zu der oben besprochenen Entscheidung E 23, 347 bezüglich des Begriffs Beamter.

[14]) Ueber die Bedeutung der Voraussetzung „rechtmässige Amtsübung" vgl. unten Kap. 18.

[15]) RG. 23, 374.

[16]) So RG. 22, 141 betr. den zum Fürsten von Bulgarien erwählten Prinzen Ferdinand von Sachsen-Koburg-Gotha.

Ebenso setzt der subjektive Tatbestand des § 333 das Bewußtsein des Täters voraus, einen „Beamten" zu einer die Verletzung einer Amtspflicht enthaltenden Handlung bestimmen zu wollen [17]).

Wir sehen also, eine gewisse Bedeutung muß dem sog. Subsumtionsirrtum immerhin beigemessen werden, wenn auch nicht in dem Umfang, wie v. Liszt es tut:

Der Täter muß das sinnlich Wahrgenommene stets in der Beleuchtung einer gewissen menschlichen Bewertung erblickt haben [18]). Rechtliche Wertung kann dagegen nur in beschränkterem Maße verlangt werden.

Der Unterschied zwischen beachtlichem und nichtbeachtlichem Subsumtionsirrtum kann etwa dahin gefaßt werden, daß es sich bei diesem bei richtiger Erkenntnis der tatsächlichen Unterlagen um die irrige Unterordnung unter solche spezifisch rechtliche oder vom Strafgesetz in besonderem Sinne gebrauchte Begriffe handelt, die nur dazu dienen sollen, um die unter das Strafgesetz fallenden vorsätzlichen Handlungen für die Rechtsanwendung generell zu umgrenzen [19]), oder eine Reihe tatsächlicher event. auch rechtlicher Momente zusammenzufassen [20]); während es sich bei dem beachtlichen Subsumtionsirrtum um unrichtige oder ungenügende Beurteilung des sinnlich richtig wahrgenommenen Tatsachenmaterials unter Begriffe handelt, welche entweder überhaupt dem allgemeinen Sprachgebrauch angehören oder doch dem Laien so geläufig sind, daß er sie ohne weiteres auf Grund seiner Erfahrungen des täglichen Lebens erkennen kann, und ohne deren richtige Erkenntnis in concreto nicht von einem pflichtwidrigen Verhalten des Täters die Rede sein kann [21]). Wann das letztere der Fall ist, kann nicht generell bestimmt werden, muß viel-

---

[17]) RG. 23, 376.

[18]) Vgl. Kohlrausch, a. a. O. S. 187.

[19]) Vgl. Köhler, a. a. O. S. 19.

[20]) Vgl. v. Hippel, a. a. O. S. 561, 562, RMG. V, 150, 172, 272 299, XIII, 199.

[21]) Vgl. Köhler, a. a. O. S. 19. Bohlmann, a. a. O. S. 22.

mehr, für jedes einzelne Delikt, besonders untersucht werden[22/23]).

Kapitel 11.

Die Deliktausschliessungsgründe.

A. Allgemeines.

Eine Reihe von Schriftstellern bezeichnet das „Nichtvorliegen der Rechtswidrigkeit" als „negatives Tatbestandsmerkmal, negativen Tatumstand des gesetzlichen Tatbestands im Sinne des § 59[1]).

Es handelt sich hierbei um die sog. Unrechts- oder Deliktsausschließungsgründe, die teilweise im Strafrecht selbst ausdrücklich hervorgehoben, teilweise aus anderen Bestimmungen des öffentlichen oder aus Bestimmungen des Privatrechts zu entnehmen sind; wieder andere haben im Gesetz überhaupt keinen Ausdruck gefunden, finden aber unbedingte Anerkennung in der öffentlichen Meinung und in der Rechtsprechung.

---

[22]) So auch Frank, Komm. S. 136, Köhler, a. a. O. S. 82.

[23]) Vgl. zu dieser Frage auch RMG. XIII 199, welches richtig ausführt (der unbeachtliche) „Strafrechtsirrtum" ist stets ein begrifflicher, denn er besteht in der irrtümlichen Auslegung der strafgesetzlichen Norm selbst oder eines einzelnen Begriffsmerkmals derselben. Aus der Kenntnis aller derjenigen Tatumstände, deren Vorhandensein objektiv die Existenz des betreffenden Begriffsmerkmals begründet, folgt noch nicht das Vorliegen eines begrifflichen, also strafrechtlichen Irrtums. Denn die dem Täter zur Last fallende irrtümliche Schlussfolgerung kann auch eine den Umständen des konkreten Falls entnommene, lediglich auf tatsächlichem Gebiet liegende sein.

[1]) Vergl. Schweitzer, a. a. O. S. 15; Frank, Komm. S. 13; Miricka, a. a. O. S. 125; Löffler in Grünh. Ztschr. Bd. 20 S. 174ff; Merkel, Lehrb. d. Strafrechts.

Der Hauptfall ist die Notwehr und der Notstand (§§ 53, 54 StGB.). Dem Gebiete des öffentlichen Rechts gehört an: Die Tötung des Feindes durch den Soldaten im Krieg, der „Hausfriedensbruch", den dieser im Kriege begeht, die Tötung des Verbrechers durch den Scharfrichter, die Freiheitsberaubung durch den zuständigen Beamten, das Züchtigungsrecht des Lehrers (landesrechtlich); privatrechtlich geregelt ist das Züchtigungsrecht der Eltern usw.; daß der Arzt u. U. rechtmäßig den Tatbestand des § 219 StGB. verwirklichen darf, ist in keinem Gesetz anerkannt, wird aber allgemein gebilligt.

Das Nichtvorliegen dieser Umstände als „negatives Tatbestandsmerkmal" zu bezeichnen, ist, wie v. Liszt [2]) richtig betont und wie Kohlrausch [3]) eingehend dargetan hat, sachlich verfehlt.

Wir haben es hier zu tun mit Umständen, welche dem Täter in concreto ein besonderes Recht verleihen, eine Handlung vorzunehmen, welche normalerweise als rechtswidrig bezeichnet werden müßte.

Dieses Recht hat aber mit dem Deliktstatbestand nichts zu tun, es steht außerhalb desselben, und es ist äußerst gezwungen, wenn man in jedem einzelnen Deliktstatbestand den Vorbehalt hineinlegen will: „Wenn nicht die Handlung aus irgend einem Grunde eine rechtmäßige ist". Jede rechtmäßige Handlung ist erlaubt und keine rechtmäßige Handlung ist ein Delikt [4]). Insbesondere ist eine Handlung, welche nach Maßgabe einer staatlich anerkannten Kulturnorm erlaubt ist, niemals widerrechtlich [5]). Um dieses festzustellen, brauchen wir keinen besonderen Deliktstatbestand heranzuziehen, in welchem wir sogar ein Element (ein negatives Tatbestandsmerkmal) erst hineininterpretieren müssen, welches in ihm auch nicht im entferntesten angedeutet ist.

---

[2]) § 26 Anm. 2.
[3]) a. a. O. S. 59 ff.
[4]) Vgl. v. Liszt, S. 142, II Zif. 2.
[5]) M. E. Mayer, Militärstrafrecht I, S. 107.

Der Soldat, der im Krieg den Feind tötet, in befriedetes Eigentum eindringt, der im Frieden Flurschaden verursacht oder rechtmäßig von der Waffe Gebrauch macht, tut seine Pflicht [6]), er verwirklicht keinen Deliktstatbestand, wenn sein Handeln einem solchen auch in allen Einzelheiten gleichen mag. Der Scharfrichter versieht sein Amt, wenn er den Verbrecher, der sein Leben verwirkt hat, tötet, und kein Mensch wird daran denken, daß er damit eigentlich den Tatbestand des § 211 verwirklicht. Ebensowenig wird jemand, wenn der Vater sein ungehorsames Kind schlägt oder ein Lehrer seinen Schüler züchtigt, an eine Körperverletzung denken. Der Arzt, der eine Perforation macht, übt seinen Beruf aus. Die Notwehr- und Notstandshandlung sind durchaus anerkannte Betätigungen des Selbsterhaltungstriebs.

Soweit diese infolge der besonderen Umstände in concreto erlaubten Handlungen sich objektiv als die Verwirklichung eines Deliktstatsbestands darstellen, bleiben sie unter allen Umständen — rein äußerlich betrachtet — insofern rechtswidrig, als sie mit den Normen (du sollst nicht töten, nicht verletzen) nicht in Einklang stehen. An dieser allerdings rein äußerlichen Tatsache, kann die Notwehr oder ein sonstiges Recht, ausnahmsweise so handeln zu dürfen, nichts ändern.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß das Fehlen sog. Deliktsausschließungsgründe nicht unter der Bezeichnung von „negativen Tatumständen" als jedem Tatbestand angehörig betrachtet werden kann. Die Nichtkenntnis von ihrem Nichtvorhandensein kann daher nicht unter dem Gesichtspunkt des § 59 beurteilt werden.

Wenn die irrtümliche Annahme solcher Rechtfertigungsgründe also z. B. ein konkretes Recht zur Handlung doch geeignet ist, die Schuld des Täters auszuschließen [7]), so beruht dieses darauf, daß der Irrtum die Möglichkeit der Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit der Handlung, welche infolge der Kennt-

---

[6]) Vgl. ebenda S. 27.
[7]) So z. B. RMG. V, 39.

nis der Tatumstände an sich gegeben wäre, wieder ausschließt. Das Fehlen der Schuld ergibt sich hier also nicht aus § 59 StGB. sondern aus dem Wesen der Schuld[8]).

a) Das hier Gesagte gilt namentlich für die Putativnotwehr und den Putativnotstand, also für Handlungen, welche der Täter vorgenommen hat in der irrigen Annahme, daß die tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr oder des Notstandes gegeben seien: z. B. er glaubt sich rechtswidrig angegriffen, wenn ein Mensch von nicht vertrauenerweckendem Äußeren in der Dämmerung auf ihn zukommt, oder wenn ein anderer ihm eine ungeladene Pistole entgegenhält; oder er erblickt darin einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff, daß sein vollstreckender Gläubiger — wie er meint — in unberechtigter Weise der Vollstreckungshandlung beiwohnt und dadurch Hausfriedensbruch begeht[9]). Oder aber ein Ehemann hat nach den ihm gewordenen ärztlichen Mitteilungen die Überzeugung gewonnen, Abtreibung sei das einzige Mittel zur Rettung seiner Frau aus einer gegenwärtigen Lebensgefahr[10]).

Es gilt ferner, wenn der Täter infolge eines Irrtums über das Maß der notwendigen Verteidigung hinausgegangen ist. (Hiermit ist nicht zu verwechseln der Fall, in welchem die Überschreitung des notwendigen Maßes auf Furcht, Bestürzung, Schrecken zurückzuführen ist (dann gilt § 53 Abs. 3).

In diesen Fällen ist also in concreto zu prüfen, ob es dem Täter infolge des Irrtums, von dem er befallen war, unmöglich war, seine vermeintliche Notwehr- oder Notstandshandlung als pflichtwidrig zu erkennen[11]).

Anders dagegen liegt der Fall, in welchem der Begriff der Notwehr falsch aufgefaßt wurde (z. B. der Täter glaubte eine Notwehrhandlung auch gegen einen nur erwarteten Angriff

---

[8]) Aehnlich Beling, a. a. O. S. 328: „Mit dem § 59 ist hier schlechterdings nichts anzufangen".

[9]) Dresden 26. I. 05, Jahrb. 1907 S. 27.

[10]) Recht 12, 661; 13, 1687; 14, 1425; J. W. 38, 290.

[11]) RG. IV S. 879; RMG. I, 69; II, 21; VIII, 199; X, 282; XI, 160.

vornehmen zu können[12]); oder in welchem der Täter ein Notwehr- oder Notstandsrecht oder ein Selbsthilferecht bei einer ihm bekannten Sachlage annahm, für welche von Notwehr rechtlich überhaupt nicht die Rede sein kann[13]).

b) Hierher gehören ferner Fälle, in welchen der Täter sich deshalb zur Vornahme einer Handlung befugt gehalten hat, weil er irrtümlich geglaubt hat, die obrigkeitliche Erlaubnis zu besitzen, von deren Vorliegen in gewissen Fällen die Rechtmäßigkeit einer an sich verbotenen Handlung abhängig gemacht ist.

So verbietet das Sprengstoffgesetz vom 9. VI. 84 § 1 die Herstellung, den Vertrieb und den Besitz von Sprengstoffen ohne polizeiliche Genehmigung. Zuwiderhandlungen gegen dieses Verbot sind im § 9 unter Strafe gestellt. Das Reichsgericht hat[14]) die irrtümliche Annahme der erforderlichen Genehmigung mit Recht für beachtlichen Irrtum erklärt. Unrichtig bezeichnet es aber[15]) die irrtümliche Annahme der Genehmigung als Irrtum über einen Tatumstand. Es kann hier nur von einem für die Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit erheblichen Irrtum die Rede sein.

c) Dasselbe gilt für die irrtümliche Annahme des Einverständnisses des Verletzten (etwa des Bestohlenen, § 242), in den Fällen, in welchen dieses Einverständnis die Eigenschaft der Handlung als einer strafbaren beseitigt[16]).

d) Ebenso ist nicht Tatumstand im Sinne des § 59 ein sonstiges besonderes Recht zur Vornahme der Handlung, insoweit es nicht von einer besonderen zum Tat-

---

[12]) Vgl. Frank, Komm. S. 140.

[13]) RG. XIX, 298: Die Vermieter glaubten gegen den Mieter, der nicht freiwillig auszog, ein Notwehr- oder Selbsthilferecht anwenden zu können. Auch 22, 300 (irrige Annahme eines Selbsthilferechts gegen den Vollstreckungsbeamten).

[14]) In 12 S. 431; 13, S. 22.

[15]) In 4 S. 251.

[16]) Dieses ist nicht der Fall für die Tötung nach § 216 StGB.

bestandsmerkmal erhobenen Eigenschaft des Täters (Beamter, Soldat) abhängig ist. Der als Religionslehrer tätige Pfarrer, welcher sich irrtümlich ein Züchtigungsrecht zugeschrieben hat, konnte die Pflichtwidrigkeit der Züchtigung eines Schülers nicht erkennen. Er ist also trotzdem er nicht über einen Tatumstand irrte, nicht nach § 223 StGB. strafbar[17]). Im gleichen Irrtum befand sich aber auch der Artist, welcher ein Mädchen, das ihm zur Ausbildung als Handequilibristin übergeben war, mit einem Stock schlug und dafür nach Reichsgericht 33 S. 32 wegen schwerer Körperverletzung zu verurteilen war. Der Widerspruch zwischen beiden Entscheidungen zeigt deutlich, wie willkürlich die Entscheidungen in sachlich gleichgelagerten Fällen ausfallen können, wenn die Unterscheidung in strafrechtlichen und außerstrafrechtlichem Irrtum maßgebend sein soll[18]).

Die verschiedenartige Behandlung dieser beiden Fälle ist allenfalls so zu rechtfertigen, daß in dem letzteren, mit Rücksicht auf die Schwere der Züchtigung (heftiger Schlag mit dem Stock) und mit Rücksicht auf die allgemein bekannte unter Artisten übliche Roheit ihren Zöglingen gegenüber angenommen werden muß, daß der Täter, trotz des Irrtums über sein Züchtigungsrecht, in der Lage war zu wissen, daß derartige Mißhandlungen allgemein mißbilligt werden, also, weil kulturwidrig, pflichtwidrig sind.

e) In diesem Zusammenhang sei schließlich noch der Fall besprochen, in welchem der Täter gestützt auf ernstliche Gründe, irgend welcher Art, gutgläubig seine Handlung für rechtmäßig gehalten hat. In einem solchen Falle hat, wie Meyer-Allfeld richtig betont[19]), eine Strafe keinen Sinn.

Aber man muß hier die positive Überzeugung des Täters verlangen, daß er so handeln dürfe. Ein solcher Fall läßt sich etwa so denken, daß er sich bei der Handlung auf die Richtigkeit des Standpunkts verläßt, den die Rechtsprechung in einer

---

[17]) So RG. 33 S. 74.

[18]) Vgl. Kohlrausch, a. a. O. S. 149.

[19]) a. a. O. S. 142. Hierzu auch Ortloff, a. a. O. S. 42/43.

bestimmten Frage eingenommen hat. So hat das Oberste Landgericht München neuerdings entschieden [20]): „Wenn auch der Satz, daß der Angeklagte sich nicht mit Erfolg auf die Unkenntnis oder die unrichtige Auffassung des Inhalts eines Strafgesetzes berufen kann, grundsätzlich festzuhalten ist, so darf man doch nicht so weit gehen, ihn ausnahmslos, und namentlich auf dem Gebiete der Gesetze die Sondergebiete regeln, in allen Einzelheiten derselben anzuwenden und dem Angeklagten, der sich nach besten Kräften um die Vorschriften gekümmert hat und nur unvermeidlichem Irrtum erlegen ist, den Irrtum anzurechnen und von ihm zu verlangen, daß er die jeweilige Auslegung des Gesetzes kenne und sein Verhalten nach dem Wechsel der Rechtsprechung einrichte."

Diese Entscheidung steht in einem gewissen Widerspruch mit Reichsgericht 37, 142, ist aber von dem hier vertretenen Standpunkt aus durchaus zu billigen [21]).

Kapitel 12.

Die Strafausschließungsgründe.

Von den in Kap. 11 behandelten Deliktsausschließungsgründen zu unterscheiden, sind die sog. Strafausschließungsgründe, das sind solche Gründe, welche die Deliktseigenschaft der Tat nicht berühren, bei deren Vorliegen aber die an sich strafbare Handlung ausnahmsweise straflos bleibt. Solche Gründe sind:

---

[20]) Vgl. D. J. Z. 1912 S. 105.

[21]) Vgl. hierzu auch M. E. Mayer, D. Mil. StR. S. 86: „Wo der Fall so liegt, dass Juristen über die Rechtswidrigkeit verschiedener Ansicht sind, ist es meist glaubhaft, dass der Beschuldigte nicht pflichtwidrig gehandelt hat, also unschuldig ist". (Anders Stuttgart 29. I. 06, Jahrb. 1908 S. 20).

Bestürzung, Furcht und Schrecken bei Überschreitung der Notwehr § 53, Abs. 3;

noch nicht erreichtes 18. Lebensjahr bei der Blutschande § 173;

das ernstliche Bemühen des Kartellträgers, den Zweikampf zu verhindern § 209;

die Eigenschaft des Diebs als Verwandter aufsteigender Linie oder als Ehegatte § 247 Abs. 2;

die Angehörigeneigenschaft bei der Begünstigung § 257 Abs. 2.

Daß die hier aufgezählten Seelenzustände, Tätigkeiten und Eigenschaften nicht als Tatumstände im Sinne des § 59 StGB., auch nicht als „negative" aufgefaßt werden können, ergibt sich ohne weiteres aus unserer Definition dieses Begriffs. Abgesehen von § 53, Abs. 3 stehen sie zwar in engster Beziehung zu dem betreffenden besonderen Tatbestand, haben aber mit der Tat- und Schuldfrage nichts zu tun. Ihr Vorhandensein ändert nichts an dem Deliktscharakter der Handlung. Es handelt sich bei ihnen vielmehr nur um eine besondere Gnade, welche das Gesetz denjenigen zuteil werden läßt, in deren Person die betreffenden Voraussetzungen gegeben sind.

Daher kann die irrige Annahme des Täters, ein derartiger Strafausschließungsgrund sei in seiner Person gegeben, ihn nicht vor Strafe bewahren [1]).

Als Beispiele mögen folgende Fälle hervorgehoben werden:

a) Der Dieb meint er bestehle seinen Sohn, seine Frau, während er in Wirklichkeit eine andere Person bestiehlt; oder der Begünstiger meint, er leiste den Beistand einem Angehörigen, während er einen Fremden für einen solchen hält.

Dieser Irrtum kann nicht als solcher über einen Tatumstand gelten; denn einmal hat die Eigenschaft des Bestohlenen als Sohn, Ehegatte; des Begünstigten als Angehöriger

---

[1]) So Finger, a. a. O. S. 249; Binding, Normen II S. 475, 476; Heitz, a. a. O. S. 28; Olshausen, N. 13, Abs. 3; a. M. Merkel in Holtzendorff's Handb. III S. 711; Oppenhoff zu 247 N. 20, RMG. II S. 212, IV S. 101.

mit dem Charakter der Tat als Diebstahl oder Begünstigung überhaupt nichts zu tun. Richtig bemerkt bezüglich des Diebstahls Rüdorf[2]): Schon die Fassung des Gesetzes „Ein Diebstahl, oder eine Unterschlagung" weise darauf hin, daß es sich nicht um einen Mangel im Tatbestand handle, sondern lediglich um die Ausschließung der Strafe. Auch ändert die Tatsache, daß der Bestohlene Sohn, der Begünstigte Angehöriger ist, nichts an der Pflichtwidrigkeit des Diebstahls oder der Begünstigung.

Dieser Irrtum kann u. E. allenfalls als mildernder Umstand bei der Strafzumessung in Frage kommen.

b) War der Dieb, welcher seinen Bruder bestohlen hat, der Überzeugung, der § 247 Abs. 2 beziehe sich nicht nur auf den Diebstahl gegen Deszendenten und Ehegatten, sondern auch gegen denjenigen, welcher gegen Geschwister begangen wird, so befand er sich in einem Irrtum über die Bedeutung und Tragweite einer strafgesetzlichen Bestimmung. Diese kann ebensowenig Tatumstand sein, wie die Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit. (Vgl. unten Kap. 23)[3]).

Die irrige Annahme des Diebes, er bestehle seinen Vater, seine Mutter, Angehörige, er sei daher nur auf Antrag verfolgbar, ist kein Irrtum über einen Strafausschließungsgrund, sondern über eine Prozeßvoraussetzung. Er ist aber ebenso unbeachtlich, wie der Irrtum über einen Strafausschließungsgrund[4]).

---

[2]) StGB. 1877 zu § 247 Abs. 2.

[3]) Ebenso Finger, a. a. O. S. 249.

[4]) Vgl. RG. III 17. V. 06, Recht X, 759; RMG XII, 241, Frank, a. a. O. S. 137.

Kapitel 13.

Die Strafaufhebungsgründe.

Auch die Strafaufhebungsgründe im Sinne des § 295 Abs. 2 StPO. sind nicht Tatumstände im Sinne des § 59 StGB. Dazu gehören z. B. § 163 Abs. 2 (Widerruf des Meineids vor Eintritt eines Rechtsnachteils); § 204 Abs. 2 (Freiwillige Aufgabe des Zweikampfs); § 310 (Löschung des Brandes vor Entstehung eines Schadens); auch § 46 (Rücktritt vom Versuch).

Die Strafaufhebungsgründe unterscheiden sich von den vorgenannten Strafausschließungsgründen dadurch, daß bei den letzteren die Bestrafung der Handlung von vornherein ausgeschlossen ist, während bei den Strafaufhebungsgründen der Ausschluß der Bestrafung durch ein erst nach der Tat hinzutretendes Verhalten des Delinquenten bedingt wird. Daß derartige nach der Handlung liegende Momente nicht Tatumstände in dem von uns erkannten Sinne sein können, bedarf keiner näheren Begründung. Lucas [1]) betont hier mit Recht, daß die bereits begründete Schuld nicht durch die Strafaufhebungsgründe betroffen werden kann, ebensowenig wie durch die Verjährung der Strafverfolgung.

Kapitel 14.

Die Strafminderungsgründe.

Im Anschluß an die Delikts- und die Strafausschließungsgründe mögen in diesem Kapitel die Strafminderungsgründe besprochen werden; das sind diejenigen Voraussetzungen, bei

[1]) a. a. O. S. 102.

deren Gegebensein das Gesetz eine mildere Strafe wie im Normalfall des betreffenden Delikts eintreten läßt.

Die sog. allgemeinen Strafminderungsgründe: Jugendliches Alter, Versuch, Beihilfe bleiben hier außer Betracht. Sie haben mit der Schuldfrage nichts zu tun, gehören auch nicht zum gesetzlichen Tatbestand: Versuch und Beihilfe sind ein unvollkommenes Stadium beziehungsweise eine besondere Art der strafbaren Handlung; das jugendliche Alter ist eine höchst persönliche Eigenschaft des Täters, welcher eine geringere Charakterbildung desselben wahrscheinlich macht und ihn daher minder strafwürdig erscheinen läßt, die Eigenschaft der strafbaren Handlung als solcher dagegen in keiner Weise berührt.

Als Tatumstände können daher diese Gründe nicht in Frage kommen[1]).

Hier interessieren nur die besonderen Minderungsgründe, wie sie nachfolgende Paragraphen enthalten:-

a) § 111 Abs. 2 StGB. (Erfolglosigkeit der Aufreizung nach Abs. 1);
b) § 157 (Möglichkeit der Strafverfolgung, mangelnde Belehrung über das Recht der Zeugnisverweigerung);
c) § 158 (Widerruf des Meineids bevor Anzeige erstattet oder ein Rechtsnachteil eingetreten ist);
d) § 213 (Die Anreizung durch den Getöteten);
e) § 216 (Das ausdrückliche, ernstliche Verlangen);
f) § 217 (Die Unehelichkeit des getöteten Kindes);
g) § 233 (Wechselseitigkeit zwischen leichten Körperverletzungen mit solchen oder mit Beleidigungen);
h) § 236 (Absicht die Entführte zur Ehe zu bringen);
i) § 313 (Absicht des Täters, sein Eigentum zu schützen);
k) § 363 (Besseres Fortkommen als Zweck der strafbaren Handlung);

---

[1]) Ebenso für den Privilegierungsgrund der Jugendlichkeit Oetker, a. a. O. S. 89, Ortmann, Ger. S 30, S. 38; für Versuch und Beihülfe Daniel, Irrtum über Strafminderungsgründe 1911 S. 9ff.

l) § 370, Ziff. 5 (unbedeutender Wert, geringe Menge des Entwendeten);

m) § 98 MStGB. (Überschreitung der Dienstbefugnisse durch den Vorgesetzten.)

Diese Privilegierungsgründe sind ebenso wie die Strafausschließungsgründe nicht im Tatbestand des betreffenden Delikts selbst enthalten, folgen aber regelmäßig dem Gattungsdelikt unmittelbar nach, sei es in einem besonderen Paragraphen, sei es in einem besonderen Absatz. Man kann sie daher unbedenklich als Merkmale bezeichnen, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Ganz außer Zweifel steht dieses beim „Mundraub", dem privilegierten Diebstahl, ebenso beim Felddiebstahl, Forstdiebstahl, für welche die Gesamttatbestände in besonderen Bestimmungen beschrieben sind. In den übrigen Fällen ist lediglich aus technischen Gründen, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, auf den Tatbestand des Gattungsdelikts verwiesen, zu dem als neue Merkmale die Privilegierungsgründe hinzutreten als Merkmale, welche den Grad der Strafbarkeit der Handlung motivieren.

Bezüglich dieser Minderungsgründe sind zwei Arten von Irrtum möglich:

1) Die irrtümliche Annahme des Vorhandenseins eines Privilegierungsgrundes,

2) Die Unkenntnis von dem tatsächlichen Vorhandensein eines solchen.

Bei der Prüfung der Frage, inwieweit der § 59 auf den Irrtum über Strafminderungsgründe Anwendung findet, sind beide Irrtumsarten getrennt zu betrachten.

Zu 1). Die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit des § 59 auf die irrige Annahme eines Strafminderungsgrundes wird in erster Linie davon abhängen, ob wir unter dem Nichtkennen des § 59 auch die irrige Annahme des Gegebenseins eines Tatumstandes verstehen dürfen: Diese Frage ist zu bejahen, denn wie schon betont, hat das „Kennen" des § 59 einen

technischen Sinn: „Wille und Handlung müssen sich decken [2])".

Dieses ist auch dann nicht der Fall, wenn der Täter ein privilegiertes Delikt zu begehen glaubt, während er in Wirklichkeit das Gattungsdelikt begeht [3]).

In zweiter Linie wird es darauf ankommen, ob der Irrtum in concreto geeignet ist, die Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit der Handlung zu beeinträchtigen oder nicht. Dieses ist nicht der Fall, wenn die Strafminderung schon dann eintritt, wenn der Minderungsgrund nur objektiv vorliegt [4]).

Daher scheiden von der Zugehörigkeit zu den Tatumständen nach § 59 aus:

Die Erfolglosigkeit der Aufreizung nach § 111 Abs. 2 (die irrtümliche Annahme der Erfolglosigkeit kann also dem Täter nicht helfen);

der Widerruf des Meineids im Falle des § 158;

die Reizung des Täters durch schwere Beleidigung oder Mißhandlung durch den Getöteten in § 213. Das Vorliegen einer Beleidigung dagegen muß als Tatumstand gelten; sodaß die irrige Annahme einer solchen beachtlicher Irrtum sein kann [5]); immerhin wird hierbei zu berücksichtigen sein, daß nicht die größere oder geringere Empfindlichkeit des Totschlägers ausschlaggebend sein darf, sodaß namentlich die Frage, ob schwere Beleidigung vorliegt, der objektiven richterlichen Würdigung unterliegen muß [6]).

Ferner scheidet aus die Wechselseitigkeit nach § 233.

---

[2]) Motive z. 1. Entw., oben Kap. 8.

[3]) So auch Olshausen: Die irrtümliche Annahme strafmindernder Umstände muss zu deren Zurechnung führen, „da der Täter die Tat nicht in dem Umfange wollte, in dem er sie vornahm."

[4]) So das Reichsgericht in E 43 S. 69.

[5]) So Finger, a. a. O. S. 251; Rüdorf-Stengelein, N. 3; v. Buri, Ger. S. 29, Beil. Heft S. 201.

[6]) Vgl. dagegen Olshausen, N. 3a zu § 213, welcher im Falle irriger Annahme einer Misshandlung oder Beleidigung den besonderen Minderungsgrund des § 213 als nicht gegeben bezeichnet; ähnlich Oppenhoff, N. 9 zu § 213.

Daß Zweck und Absicht nicht Tatumstände sein können, ist schon oben betont; also können auch nicht die Absicht des Täters nach § 236, die Entführte zur Ehe zu bringen, oder nach § 313, sein Eigentum zu schützen, als Tatumstände im Sinne des § 59 in Betracht kommen. Ebensowenig beim Mundraub die Absicht des alsbaldigen Verbrauchs; hier ist auch die geringe Menge, der unbedeutende Wert nicht Tatumstand: Ob diese Voraussetzung für mildere Bestrafung vorliegt, prüft der Richter ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Täters nach freiem Ermessen, rein tatsächlich, unter Zugrundelegung eines möglichst objektiven Maßstabes[7]).

Dagegen sind Tatumstände im Sinne des § 59 diejenigen Gründe, bei deren Vorliegen mindere Schuld des Täters dann anzunehmen ist, wenn er ihr Gegebensein bei Begehung der Tat kannte, deren irrtümliche Annahme daher die Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit in ihrem vollen Umfang beeinträchtigt hat. Wann dieses der Fall ist, muss für jedes Delikt auf Grund der Natur des Minderungsgrundes besonders geprüft werden[8]).

Tatumstand ist also die Möglichkeit einer Strafverfolgung nach § 157[9]); denn nur die Kenntnis von dieser Möglichkeit bringt den Täter in den Gewissenskonflikt, welchen das Gesetz in § 157 ausdrücklich als Ursache geminderter Schuld anerkannt hat. Der Meineidige, der irrigerweise jene Möglichkeit annimmt, ist daher nicht imstande, die Pflichtwidrigkeit seines Tuns im vollen Umfange zu erkennen.

---

[7]) Vgl. Frank, V zu § 370 Zif. 5, Zif. 1; Olshausen, N.F. zu Zif. 5.

[8]) So Finger, a. a. O. S. 250; Oetker, a. a. O. S. 87: „Sie können nur in Betracht kemmen, wenn auch das Wissen von ihnen zum Tatbestand gehört"; vgl. auch Olshausen, Anm. 25, welcher allgemein die irrtümliche Annahme eines Strafminderungsgrundes für beachtlich erklärt. Ferner Binding, Grundriss 1907 S. 110 RMG. IV S. 97, IX S. 171; Ortmann, Ger. 30 S. 33ff. stellt grundsätzlich in Abrede, dass § 59 auch auf die Privilegierungsgründe Bezug habe, aber ohne stichhaltige Begründung.

[9]) A. M. RG. 43 S. 67.

Dasselbe gilt für das ausdrückliche, ernstliche Verlangen des § 216[10]).

Ferner die Unehelichkeit der Kinder in § 217: Hier nimmt das Gesetz in Übereinstimmung mit den medizinischen Erfahrungen an, daß die uneheliche Mutter sich während des Gebäraktes in hochgradiger Erregung befindet, welche die volle Erkenntnis der besonderen Schwere der Pflichtwidrigkeit unmöglich macht. Diese gesteigerte Erregung liegt ebensogut bei der Mutter vor, welche tatsächlich unehelich gebiert, wie bei derjenigen, welche glaubt, das Kind sei unehelich[11]).

Hierher gehört endlich auch die Überschreitung der Dienstbefugnisse durch den militärischen Vorgesetzten, § 98 MStGB.[12]).

Zu 2). Die Frage, wie derjenige zu behandeln sei, dem zwar ein Minderungsgrund zur Seite steht, der diesen aber bei der Tat nicht kannte, läßt sich u. E. nicht aus § 59 beantworten, denn dieser Paragraph regelt nur den Irrtum, welcher die Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit beeinträchtigt; nicht aber denjenigen, der das Delikt als ein schwereres erscheinen läßt.

Dieses ergibt sich ohne weiteres daraus, daß der Paragraph dem 4. Abschnitt des StGB. angehört, welcher den Titel führt: „Gründe, welche die Strafe aufheben oder mildern".

Schweitzer[13]) zieht aus der Unanwendbarkeit des § 59 den Schluß, daß die nicht gekannten Minderungsgründe dem Täter stets zuzurechnen seien[14]).

Diese Auffassung scheint uns nicht zutreffend zu sein, wenigstens nicht insoweit, als es sich um Minderungsgründe handelt, welche vom Täter gekannt sein müssen, wenn sie ihm

---

[10]) So auch Frank IV zu § 216 und III 2c Abs. 2 zu § 59; Olshausen N. 4 zu § 216. And. M. Binding, Normen II S. 512. v. Liszt, § 85 (ohne Begründung).

[11]) So Frank, Komm. S. 140; Finger, a. a. O. I S. 250.

[12]) So RMG. IV 97, 970.

[13]) a. a. O. S. 62.

[14]) Ebenso Olshausen, Anm. 4a zu § 59, Oetker, a. a. O. S. 88 und RG. 23, 150.

zugute kommen sollen, also um diejenigen, welche wir oben als Tatumstände bezeichnet haben.

Betrachten wir z. B. den Fall der Mutter, die ihr uneheliches Kind tötet, welches sie aber für ein eheliches hält:

Es ist schon oben betont, daß das Gesetz in § 217, die bei einer unehelichen Mutter während des Gebärakts erfahrungsgemäß vorliegende hochgradige seelische Erregung, die gesteigerte Furcht vor Schande, den drohenden Nahrungssorgen, berücksichtigt. Auf das Vorhandensein dieser Erregung und die dadurch verursachte verminderte Fähigkeit zur Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit der Kindstötung schließt das Gesetz ohne weiteres, wenn die Mutter eine uneheliche ist (oder auch wie gezeigt, sich für eine solche hält). Die Unehelichkeit ist sonach eine Art symptomatischer Bedingung für die geminderte Strafbarkeit [15]).

Die durch sie begründete Präsumtion für das Vorhandensein jener gesteigerten seelischen Erregung ist selbstverständlich dann widerlegt, wenn feststeht, daß die tatsächlich uneheliche Mutter sich zur Zeit der Tat für eine eheliche [16]) gehalten hat (z. B. im Falle einer nichtigen Ehe oder einer Scheinehe), und in diesem Falle ist vom Standpunkt unseres StGB. anzunehmen, daß sie in der Lage war, die Pflichtwidrigkeit der Kindstötung ebensogut zu erkennen, wie die wirklich eheliche Mutter. Daher ist sie als gewöhnliche Mörderin oder Totschlägerin zu bestrafen, zumal da das Unrecht, welches sie tut, objektiv [17]) dasselbe ist, wie wenn sie als eheliche Mutter ihr Kind getötet hätte.

Genau so, wie nach § 217 die „seelische Erregung" ist in § 157 die durch die Möglichkeit einer Strafverfolgung begrün-

---

[15]) Vgl. Binding, Lehrb. I S. 32.

[16]) Für eine solche stellt unser StGB. im Gegensatz etwa zum österreichischen keine derartige Vermutung auf, wenngleich auch bei ihr während der Geburt die gesteigerte Furcht vor Nahrungssorgen vorhanden sein kann.

[17]) Vgl. Binding, Lehrb. I S. 32: Strafrechtlich kommt nur die Tatsache der Unehelichkeit in Betracht (?) freilich nur sofern sie sich im Bewusstsein der Mutter spiegelt, nicht als Wertmesser des Kindes.

dete Furcht vor einer solchen zu beurteilen. Unrichtig ist daher Reichsgericht 23, 149, wo für § 157 ohne stichhaltigen Grund eine Minderung des objektiven Unrechts angenommen wird, während gerade der § 157 ausdrücklich von einer ausnahmsweisen Ermäßigung der „an sich verwirkten" Strafe spricht.

§ 216 kommt für die hier behandelte Art des Irrtums nicht in Betracht; denn das ausdrückliche ernstliche Verlangen kann dem Täter nur dann helfen, wenn er mit Rücksicht auf dasselbe gehandelt hat.

Die Überschreitung der Dienstbefugnisse durch den Vorgesetzten (§ 98 MStG) kann den Untergebenen, der sich einer Gehorsamsverweigerung usw. schuldig macht, auch nur dann minderschuldhaft erscheinen lassen, wenn das vorschriftsmäßige Verhalten des Vorgesetzten wirklich sein Handeln beeinflußt hat.

Kapitel 15.

Die mildernden Umstände.

Daß die mildernden Umstände im Sinne der §§ 81, Abs. 2, 83, Abs. 2, 86, Abs. 2, 94, Abs. 2 usw. nicht hierher gehören, bedarf kaum besonderer Hervorhebung. Sie gehören nicht zum gesetzlichen Tatbestand. Sie brauchen nicht einmal in unmittelbarem Zusammenhang mit der Tat zu stehen, brauchen auch nicht gerade im Moment der Tat selbst gegeben zu sein, können vielmehr vor oder nach ihr liegen.

Je nach ihrem Vorhandensein hat der Richter nach Feststellung sämtlicher Tat- und Schuldfragen das Strafmaß innerhalb des Strafrahmens zu bemessen, je nachdem die Pflichtverletzung eine besonders schwere oder leichte ist.

Kapitel 16.

Gründe, welche die Strafbarkeit erhöhen.

Es ist schon in Kap. 6 darauf hingewiesen worden, daß der zweite Relativsatz des Abs. 1 unseres § 59 dem ersten gegenüber nichts neues enthält, daß eben die qualifizierenden Momente entweder Tatumstände oder sonstige Tatbestandsmerkmale sind, welche zum gesetzlichen Tatbestand der qualifizierten Delikte gehören, welch letztere als solche durchaus selbständiger Natur sind und in deren Tatbestand der Kürze halber auf das Gattungsdelikt hinsichtlich der mit diesem gemeinschaftlichen Merkmale verwiesen ist.

Diese Tatbestandsmerkmale, welche die Strafbarkeit erhöhen, unterscheiden sich ihrem Wesen nach nicht von denjenigen, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören, auch beim qualifizierten Delikt werden wir nur diejenigen Momente als Tatumstände bezeichnen dürfen, deren Kenntnis wesentlich ist für das Erkennen der Pflichtwidrigkeit.

Die Gründe, welche die Strafbarkeit erhöhen, sind einzuteilen in:

a) subjektive Bedingungen erhöhter Strafbarkeit und zwar

1) solche, von deren Kenntnis ihre Zurechnung zur Schuld des Täters abhängt,

2) solche, welche als dem Innenleben des Täters angehörig, nur durch Symptome erkennbar werden und deren Unkenntnis durch den Täter begrifflich undenkbar ist.

b) objektive Bedingungen erhöhter Strafbarkeit und zwar

1) qualifizierender Erfolg,

2) sonstige Bedingungen, deren Gegebensein der objektiven richterlichen Würdigung unterliegt.

I) Zu a 1). Hiervon kommen nur die Qualifikationsbedingungen unter a 1) als Tatumstände im Sinne des § 59 in Betracht.

Es gehören dazu z. B. § 174: Der Vormund, Pflegevater muß wissen, daß er die unzüchtigen Handlungen mit einer Pflegebefohlenen, Pflegetochter usw. vornimmt; der Täter nach § 176 Ziff. 2 muß wissen, daß die Frauensperson geisteskrank, nach Ziff. 3, daß die Person unter 14 Jahre alt ist; wer nach § 243, Ziff. 1 verantwortlich sein soll, muß gewußt haben, daß die Gegenstände zum Gottesdienst bestimmt waren, nach Ziff. 5 muß er die Waffe wissentlich bei sich geführt haben; wer nach § 91 MStGB. gestraft werden soll, muß gewußt haben, daß er einen Vorgesetzten beleidigt, sonst kann seine Tat nur nach § 185 StGB. beurteilt werden.

Es gehören ferner hierher die in § 50 StGB. gemeinten straferhöhenden Eigenschaften und Verhältnisse, also: Das Verhältnis des Täters zum Kaiser, zum Landesherrn (§§ 80, 94—97), zum Bundesfürsten (§§ 98—101), der Kinder zu den Eltern (§§ 215, 223 Abs. 2), der Eltern zu den Kindern (§ 221 Abs. 2); die Eigenschaft als Beamter (§ 342 in Beziehung auf § 123, 347 in Beziehung auf 120, 121).

Diese Tatumstände des § 50 decken sich mit denen des § 59. Ihr Vorliegen muß der Täter gekannt haben, wenn sie ihm zugerechnet werden sollen[1]).

Auch die Qualifikationsmerkmale der §§ 11 und 12 MStG.: „Vor dem Feind", „vor versammelter Mannschaft" sind Tatumstände im Sinne des § 59[2]).

II) Beispiele für a 2) sind §§ 268, 211: Die Absicht, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, ist nicht Tatumstand. Der Mord ist qualifizierter Totschlag, das qualifizierende Merkmal: Die Überlegung, kann nicht als Tatumstand im Sinne des § 59 in Betracht kommen.

---

[1]) Dagegen dürfte die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit (§§ 260, 284, 294, 302 d, e) ähnlich wie die Rückfälligkeit als höchstpersönliche Eigenschaften des Täters, welche seine Strafwürdigkeit qualifiziert nicht als Tatumstand im Sinne des § 59 aufzufassen sein (so Frank II 1 zu 50, Beling, a. a. O. S. 432). Sie sind Qualifizierungsmomente der unter b 2) fallenden Art.

[2]) Vgl. für § 12 RMG. III, 273, X 171.

III) Zu b 1). Zahlreich sind die Fälle der durch Erfolg qualifizierten Delikte. Beispiele sind: § 224 „Gefährliche" Körperverletzung, Verletzung des Auges usw., § 226 „Tod", § § 229 Abs. 2, § 315 Abs. 2, 321 Abs. 2, 322 Abs. 2, 324 Satz 2, 328 Abs. 2, 340 Abs. 2.

Hier kann der Erfolg ebensowenig wie überhaupt (siehe oben Kap. 9) als Tatumstand gelten. Die höhere bezw. schwerere Bestrafung rechtfertigt sich aus der Erwägung, daß der normale verständige Mensch in der Regel weiß, daß seine Handlung diesen schwereren Erfolg nach sich ziehen k a n n, daher in Bezug auf ihn dolo eventuali gehandelt hat. Ausnahmen werden aber wohl auch hier eintreten müssen, wenn der Täter in gutem Glauben den Eintritt des schwereren Erfolgs für ausgeschlossen hielt [3]).

IV) Zu b 2). Zu den Fällen nach b 2) gehört teilweise § 223 a. Die in diesen Paragraphen enthaltenen Qualifikationsgründe sind im einzelnen daraufhin zu prüfen, ob auf das Wissen des Täters von ihnen Rücksicht zu nehmen ist [4]): Ob das Werkzeug ein „gefährliches" ist, ist objektiv zu beurteilen, es kommt nicht darauf an, ob der Täter es für gefährlich gehalten hat, wenn er es nur bewußt verwendet hat [5]). Die Eigenschaft gefährlich ist also nicht Tatumstand im Sinne des § 59, ebensowenig die „Hinterlist"; wohl aber die „Gemeinschaftlichkeit": dieser muß sich der Täter bewußt gewesen sein [6]), d. h. er mußte wissen, daß er zusammen mit einem anderen handle (Subsumtion unter den Begriff Gemeinschaftlichkeit ist nicht erforderlich); das Bewußtsein der „Lebensgefährdung" muß für den Vorsatz verlangt werden [7]). Es ist aber wohl schon

---

[3]) Vgl. z. B. bezüglich der Gefährdungsdelikte B u s c h, Gefahr und Gefährdungsvorsatz S. 45: Wenn in dem von Busch angeführten Beispiel die geringe Dosis Arsenik den Tod des B herbeiführt, den A aus guten Gründen für diese Dosis immun gehalten hatte, so wird A nicht zu bestrafen sein.

[4]) Vgl. K a h n, a. a. O. S. 65/66.

[5]) Aehnlich F r a n k, Komm. N. 1 zu § 223 a.

[6]) Vgl. ebenda N. 3.

[7]) Vgl. L u c a s, a. a. O. S. 27.

dann gegeben, wenn der Täter die Umstände erkannt hat, aus welchen sich objektiv die Lebensgefährdung ergibt.

Auch Zeitbestimmungen, wie „zur Nachtzeit“ (§ 250 Ziff. 4, 296), von „Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang“ für den qualifizierten Felddiebstahl oder Weidefrevel (z. B. § 11, Ziff. 1, § 21, Ziff. 4 Els.-Lothr. Feldpol.-StGB.); „an Sonn- und Festtagen“ (§ 11, Ziff. 1 des zit. Ges.) sind derartige objektiv zu würdigende Qualifikationsmomente; daher nicht Tatumstände.

Wir sehen also ein sachlicher Unterschied läßt sich, wie schon mehrfach betont, zwischen den beiden Arten von Tatumständen nicht erkennen. Der Unterschied besteht lediglich in der Qualifikation der Gesamttatbestände [8]).

Kapitel 17.

Bedeutung der besonderen Hervorhebung der „Rechtswidrigkeit“ in einer Reihe von Tatbeständen.

In einer Reihe von Tatbeständen heben die Strafgesetze die Rechtswidrigkeit durch Wendungen wie „widerrechtlich“, „rechtswidrig“, „unbefugt“, „unberechtigt“ besonders hervor. So in den §§ 123, 124, 127, 132, 136, 239, 240, 242, 253, 249, 263, 267, 277, 291, 292, 303, 304.

---

[8]) Dass zu den Tatumständen, welche die Strafbarkeit erhöhen nicht etwa solche Momente gehören, welche für die Strafzumessung innerhalb desselben Delikts massgebend sind, also eine Art Gegenstück zu den mildernden Umständen darstellen, bedarf wohl keiner besonderen hervorhebung. Vgl. hierüber Oetker, a. a. O. S. 85, 86.

Ebenso wenig kann der § 59 Bezug haben, auf den Rückfall. Dies ergibt sich einmal daraus, dass der Rückfall mit der Tat als solcher gar nichts zu tun hat und ebenso wenig die Schuld des Täters irgendwie beeinflussen kann. Hier wird nicht einer grösseren Strafwürdigkeit der Tat, sondern der grösseren verbrecherischen Gesinnung des Täters Rechnung getragen. Dieser höchst persönliche Straferhöhungsgrund ist ebenso wenig Tatumstand wie der höchstpersönliche Strafminderungsgrund der Jugendlichkeit. (Oben Kap. 14.)

Hier fragt es sich nun: ist diese besonders betonte Rechtswidrigkeit ein Tatumstand im Sinne des § 59; ist also ihre Kenntnis Voraussetzung für die Zurechnung der Tat zur Schuld des Täters?

Die Frage wird bejaht von v. Liszt[1]), M. E. Mayer[2]), RG. VIII, 106, 107 und von der herrschenden Lehre[3]).

Nach v. Liszt muß in diesen Fällen (zu denen er übrigens auch die Hervorhebung der Fremdheit der Sache für § 242, die bestehende Ehe für den Ehebruch rechnet), bei irriger Annahme des Täters, daß die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sei, die Strafbarkeit der Tat entfallen.

Die Aufstellung eines derartigen allgemeinen Grundsatzes kann jedoch nicht gebilligt werden; denn bei näherer Betrachtung ist festzustellen, daß die hervorgehobene Rechtswidrigkeit nicht überall dasselbe bedeutet:

a) Wenn, wie im Fall des § 263, die „Rechtswidrigkeit" sich nicht auf die betreffende strafbare Handlung als solche bezieht, durch ihre Hervorhebung vielmehr nur gesagt sein soll, daß die Absicht auf die Erlangung eines Vermögensvorteils gerichtet sein muß, auf den ein Rechtsanspruch nicht gegeben ist, dann ist die Eigenschaft des erstrebten Vermögensvorteils als „rechtswidrig" Tatumstand[4]).

Dasselbe muß für § 253 (Erpressung) gelten[5]).

Auch in § 240 macht erst die „Widerrechtlichkeit" der Gewaltanwendung die Nötigung durch Gewalt zur pflichtwidrigen Handlung. Das gleiche gilt für die Rechtswidrigkeit des Jagens nach § 292 Abs. 1. Glaubt also der Jäger, der die Grenze seines Jagdgebietes überschritten hat, er sei noch im letzteren, so ist er nicht schuldig[6]).

---

[1]) a. a. O. S. 181.

[2]) Schuldhafte Handlung S. 114.

[3]) Ueber den Standpunkt des RG. vgl. Kohlrausch, S. 76ff., welcher entgegen dem RG. betont: entweder ist die Rechtswidrigkeit überall Tatumstand oder nirgends.

[4]) So Frank zu § 263 VII 3 Abs. 3.

[5]) Vgl. Frank V zu § 253.

[6]) Derselbe V zu § 292.

Die Rechtswidrigkeit der Abzüge nach § 353 Abs. 2 ist ebenso Tatumstand wie die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils nach §§ 253, 263.

Hier handelt es sich um solche Fälle, in welchen sich das „Rechtswidrig" auf einzelne Tatbestandsmerkmale bezieht (ähnlich wie in § 242 die Fremdheit nur auf das Merkmal Sache Bezug hat).

b) Bei anderen Tatbeständen bezieht sich das „Widerrechtlich, Rechtswidrig" usw. auf den ganzen Tatbestand: Dann will damit weiter nichts gesagt sein als — was eigentlich selbstverständlich ist — die Handlung ist nur dann strafbar, wenn nicht besondere Gründe ihre Rechtswidrigkeit ausschließen.

Beim Diebstahl kann dieses der Fall sein, wenn der Eigentümer einwilligt[7]). Ebenso bei der Sachbeschädigung; hier auch dann, wenn dem Täter beispielsweise ein Recht nach § 910 BGB. zur Entfernung des Überhangs, der Wurzeln zusteht. Die Widerrechtlichkeit der Freiheitsberaubung, § 239, wird ausgeschlossen durch Amtsbefugnisse, Notwehr, nach § 127 StPO. oder 223 ff. BGB.

Das „Unberechtigt" in § 277 deutet auf einen Auftrag des anderen hin, unter dessen Namen das Zeugnis ausgestellt wird[8]).

Die Aneignung von Artilleriemunition nach § 291 ist nicht widerrechtlich, wenn sie als derelinquiert anzusehen ist, also dann, wenn nach Schießübungen im freien Gelände die Truppe das Aufsuchen derselben aufgegeben hat[9]).

Die Eigenschaft der Handlung als „unbefugt" in den §§ 132, 136, 168, 300 pp. deutet darauf hin, daß häufig eine besondere Befugnis zur Vornahme einer regelmäßig verbotenen Handlung auf Grund besonderer obrigkeitlicher Erlaubnis, besonderer Vorschriften, besonderer Rechtsstellung vorliegt.

---

[7]) Dass irrtümliche Annahme derselben entschuldigt, bejaht RMG. II, 174.

[8]) Vgl. hierzu RG. IV, 251, XXIII, 180, wo das RG. für § 267 StGB. die irrtümliche Annahme, eine Urkunde mit dem Namen eines anderen unterzeichnen zu dürfen, für beachtlichen Irrtum erklärt hat.

[9]) Vgl. Frank, I zu § 291.

Diese Fälle, welche sich beziehen auf regelmäßig verbotene und nur unter besonderen, nicht zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Umständen erlaubte Handlungen, sind genau so zu beurteilen, wie die in Kap. 11 behandelten Deliktsausschließungsgründe; was dort über die irrtümliche Annahme des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit bezw. der sie ausschließenden Gründe gesagt ist, gilt auch hier.

Die Rechtswidrigkeit ist also im Gegensatz zu den Fällen unter a nicht Tatumstand, trotzdem entschuldigt auch hier die irrtümliche Annahme eines Rechts, einer Befugnis so handeln zu dürfen; nicht aber aus § 59, wie Colmar [10]) für § 30 E.-L. Feldpol.-StGB. angenommen hat, sondern aus dem Wesen der Schuld, weil die Möglichkeit, die Pflichtwidrigkeit zu erkennen, durch derartigen Irrtum ausgeschlossen ist.

c) Die „rechtswidrige" Absicht des § 267 ist objektiv zu beurteilen. Sie ist ebensowenig Tatumstand, wie die übrigen in Kap. 9 und 16 II behandelten, nur durch Symptome erkennbaren, dem subjektiven Tatbestand angehörigen Tatbestandsmerkmale.

d) Wenn z. B. in § 367 Ziff. 9 verlangt wird, daß die Handlung „einem gesetzlichen Verbot zuwider" geschieht, so hat diese Vorschrift keinerlei unmittelbare Beziehung zur Schuld. Damit ist auf die bezüglichen landesrechtlichen Verbote verwiesen. Es handelt sich hierbei um ein Blankettgesetz, genau so wie etwa § 366, Ziff. 10 oder §§ 327, 328, nach welchen die Zuwiderhandlung gegen Maßregeln und Verbote als strafbare Handlungen in Betracht kommen. (Hierüber in Kap. 22.)

e) Das Ergebnis dieser Einzelbetrachtungen ist folgendes: Weder die Ansicht von v. Liszt, der das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit überall da verlangt, wo im Tatbestand das Merkmal der Rechtswidrigkeit Aufnahme gefunden hat, noch die Meinung derjenigen, welche annehmen, es handle sich hier nur um redaktionelles Beiwerk, die betreffenden Worte bezögen sich stets nur auf den objektiven Tatbestand, besagten nur Selbstverständliches, nämlich, daß die pönalisierten Handlungen nur

[10]) Els.-Lothr. Ztg. 32, 604.

dann Verbrechenscharakter hätten, wenn der Täter nicht zur Vornahme aus einem im objektiven Recht liegenden Grund berechtigt sei [11]), kann unbedingt Anerkennung finden.

Es ist vielmehr bei jedem einzelnen Tatbestand die Bedeutung der Hervorhebung der Rechtswidrigkeit besonders zu prüfen. Es gibt Fälle, in welchen die besondere Betonung der Rechtswidrigkeit diese als Tatumstand hervorhebt. Dieses ist aber nicht notwendig der Fall.

Die in diesem Kapitel behandelten Tatbestände unterscheiden sich grundsätzlich in nichts von den anderen [12]).

Kapitel 18.

Rechtmäßigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt.

Ob die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung in den §§ 113, 117 StGB. als Tatumstand aufzufassen ist, dessen Kenntnis nach § 59 verlangt werden muß, ist bestritten. Übereinstimmung herrscht nur darüber, daß die Amtseigenschaft sowie die Tatsache, daß der Beamte sich in Ausübung seines Amtes befindet, Tatumstände sind und vom Täter gekannt sein müssen [1]).

Die Frage, bezüglich der Rechtmäßigkeit, wird verneint von Lucas [2]). Derselbe führt aus: Wegen der eigentümlichen Gestaltung des in den genannten Paragraphen geforderten Dolus müsse hier eine Ausnahme von dem Grundsatz stattfinden, daß der Irrtum über die Rechtswidrigkeit eines Angriffs den Dolus ausschließe. Da nach dem ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers gegen die Bestrafung aus diesen Gesetzen, der

---

[11]) So Klee, a. a. O. S. 74, Lucas, a. a. O. S. 61.

[12]) Vgl. Kohlrausch, a. a. O. S. 72ff., 84; Frank, Komm. S. 14.

[1]) Vgl. Olshausen, N. 27 zu § 113 und die dortigen Zitate, Frank, VII zu § 113.

[2]) a. a. O. S. 100.

irrige Glaube des Täters an die Unrechtmäßigkeit der Amtsausübung nicht schützen solle, verstehe es sich von selbst, daß die dahingehende Überzeugung auch aus dem Gesichtspunkt der Notwehr den Dolus nicht beseitigen könne. S. 126 a. a. O. erkennt er aber an, daß die Rechtmäßigkeit Tatumstand im Sinne des § 59 sei; aber das Gesetz wolle den Beamten den gesetzlichen Schutz überall da verleihen, wo ihre Amtshandlung objektiv betrachtet eine rechtmäßige sei[3]).

Im Gegensatz hierzu wird die Eigenschaft als wesentlicher Tatumstand bejaht u. a. von v. Liszt a. a. O. S. 555; Köhler, Studien I S. 73, Olshausen Nr. 28 zu 113; Frank VII zu 113. Vermittelnd Beling[4]): Die Frage sei in dem Sinne zu entscheiden, daß der Täter den Sachverhalt, der die Amtsausübung als rechtmäßige erscheinen lasse, gekannt haben müsse, daraus aber nicht den Schluß gezogen zu haben brauche, daß rechtmäßige Amtsausübung vorliege. Das letztere ist insoweit richtig, als der Täter sich allerdings nicht klar gemacht zu haben braucht, daß auf Grund des ihm bekannten Sachverhalts die Handlung des Beamten dem vom Gesetz in den §§ 113, 117 verwendeten Begriff rechtmäßige Amtshandlung zu unterstellen sei. Er muß nur gewußt haben, daß der Beamte befugt war, die Amtshandlung vorzunehmen. Diese Erkenntnis hat er z. B. wenn ihm der pfändende Gerichtsvollzieher den Titel vorzeigt, oder der verhaftende Polizeibeamte den Haftbefehl oder wenn dieser als diensttuender Beamter ihn nach Begehung einer strafbaren Handlung sistiert; nicht dagegen ist sie dann gegeben, wenn der Täter etwa die örtliche Zuständigkeit des Beamten verkennt, z. B. in Fällen, in welchen der letztere ausnahmsweise befugt ist Amtshandlungen außerhalb seines Sprengels vorzunehmen.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die „Rechtmäßigkeit" in den beiden Paragraphen gerade dasjenige Tatbestandsmerkmal ist, von dem im Grunde genommen allein die Straf-

---

[3]) Ebenso RG. II, 423, III, 14, XXII 300, RMG. XII. 69.
[4]) a. a. O. S. 190.

barkeit der Handlung abhängt. Der Widerstand gegen eine nichtrechtmäßige Amtshandlung eines Beamten ist erlaubt und strafrechtlich indifferent. Von der Kenntnis der Rechtmäßigkeit allein hängt also die Pflichtwidrigkeit ab und ihre Unkenntnis muß, weil Unkenntnis über einen Tatumstand, entschuldigen [5]).

Kapitel 19.

Symptomatische Bedingungen der Strafbarkeit.

Es gibt eine Reihe von Tatsachen, deren Vorhandensein schlechthin zur Begründung der Strafbarkeit einer Handlung ausreicht, ohne daß es auf einen Nachweis dafür ankäme, daß diese Tatsachen irgendwie kausal sind für den Verstoß gegen das durch die betreffenden Bestimmungen geschützte Interesse (Symptomatische Bedingungen der Strafbarkeit [1]).) Z. B. in den §§ 239 ff. KO.: die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung, in § 87 StGB. der Ausbruch des Krieges, in § 139 StGB. und §§ 60, 77, 104 MStG.: die Begehung oder der strafbare Versuch des pflichtwidrig nicht angezeigten Verbrechens, in § 154 Abs. 2 StGB. die Verurteilung zum Tode oder zu Zuchthaus pp., in § 210 die Tatsache, daß der Zweikampf stattgefunden hat.

In all diesen Fällen liegt eine an sich pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung vor, z. B. in § 239 KO., die in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen erfolgte Verheimlichung

---

[5]) Vgl. hierzu RMG. XIV, 278, wonach sogar bei militärischem Ungehorsam ein Irrtum über das vorschriftswidrige Verhalten eines Vorgesetzten (vorschriftswidrige Behandlung) als Irrtum über einen Tatumstand anerkannt worden ist. Der Fall ist ganz analog dem des Widerstands gegen die Staatsgewalt.

[1]) Vgl. Finger, a. a. O. S. 115ff.

Wie aber in denjenigen Fällen, in welchen die Wissentlichkeit von dem Blankettgesetz nicht verlangt wird, z. B. §§ 145, 366 Ziff. 1, 10; 367 Ziff. 9 u. a.? — Diese Fälle sind u. E. so zu behandeln, wie wenn das betreffende Landesgesetz, die betreffende Verordnung zu einem einheitlichen Strafgesetz mit der Strafvorschrift des Blankettgesetzes verbunden wäre [2]), so daß der gesetzliche Tatbestand und damit die zu ihm gehörigen Tatumstände sich aus der Verordnung, dem Verwaltungsgebot oder Verbot ergibt.

Bezüglich der Kenntnis der Verordnung pp. als solcher gilt das in Kap. 2 d am Ende Gesagte. Im übrigen ist die Schuldfrage genau so zu behandeln, wie bei jedem anderen Strafgesetz. Kenntnis des die Strafdrohung enthaltenden Blankettgesetzes ist unter keinen Umständen erforderlich (vgl. Kap. 6 b).

Kapitel 23.

Ergebnis.

Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchung ist folgendes:

Es muß in der Irrtumslehre unterschieden werden, zwischen dem Irrtum, welcher sich auf die Kenntnis der Tatbestandlichkeit der strafbaren Handlung bezieht, und dem nicht tatbestandlichen Irrtum, welcher geeignet ist, trotz der Kenntnis der Tatbestandlichkeit die Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit auszu-

---

[2]) Jena 11. 2. 07 nennt sie Bestandteile des Blankettgesetzes (Jahrb. 1908 S. 20). Vgl. auch Rostock, 1. 4. 08 (Jahrb. 09 S. 19).

Es ist also z. B. § 145 in Verbindung mit Art. 1 der K. V. vom 9. 5. 97 etwa folgendermassen zu lesen: Ein Schiffer, welcher in der Zeit von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang Lichter zeigt, welche mit den in Art. 2ff. derselben Verordnung vorgeschriebenen Lichtern verwechselt werden können, wird mit Geldstrafe bis zu 1500 ℳ bestraft.

schließen. Nur der erstere wird vom § 59 behandelt [1]), während der letztere eine ausdrückliche Regelung überhaupt nicht gefunden hat, eine allgemeine Regelung auch nicht finden kann, weil jeder einzelne Deliktsfall nach den konkreten Umständen besonders geprüft und gewertet werden muß [2]).

Nur in Bezug auf den tatbestandlichen Irrtum war es möglich, ein allgemeines Prinzip dahin zu formulieren, daß der Täter diejenige positive Kenntnis von der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale haben muß, welche erforderlich ist, um die Pflichtwidrigkeit der Tat zu erkennen, „ohne welche er nicht erkennen kann, daß er nicht so handeln darf" [3]).

Als die hierfür wesentlichen Merkmale haben wir die im Kap. 9 begrifflich bestimmten Tatumstände erkannt. Die Kenntnis von ihnen ist das Mindesterfordernis für die Zurechnung der Tat zur Schuld des Täters.

Die Tatumstände sind aber nicht die einzigen schuldbegründenden Faktoren; zu diesen gehören vielmehr auch die inneren subjektiven Merkmale der Tat, also Zweck, Motive und Absicht und die Überlegung bei Mord und Majestätsbeleidigung. Ein Nachweis dafür, daß der Täter sich diese zum Bewußtsein gebracht hat, kann für die Bestrafung nicht verlangt werden.

Wenn nun der § 59 die positive, bestimmte oder unbestimmte Kenntnis der Tatumstände verlangt, und wenn er ihre Zurechnung bei Nichtkenntnis (oder nicht richtiger Kenntnis) ausschließt, so muß es gleichgültig sein, wo die Ursache der Unkenntnis zu suchen ist, ob in einem Tatirrtum, in einem strafrechtlichen oder außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum; es genügt die nackte Tatsache der Unkenntnis. Allenfalls kann es von Bedeutung werden, ob die Unkenntnis selbst auf einer Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt beruht; dieses gemäß § 59 Abs. 2 bei Delikten, welche auch bei Fahrlässigkeit

---

[1]) Aehnlich für § 44 Preus. StGB. Heinemann, a. a. O. S. 124.

[2]) Vgl. Beling, welcher unterscheidet in „tatbestandlich erheblichen" und für die „Rechtswidrigkeit erheblichen" Irrtum, a. a. O. S. 327.

[3]) Kohlrausch, a. a. O. S. 33, 94.

bestraft werden. Im übrigen ist die Ursache der einmal vorhandenen Unkenntnis gleichgültig; diese schützt unter allen Umständen vor der für die vorsätzliche Begehung angedrohten Strafe[4]).

Welche von den Tatbestandsmerkmalen in concreto als Tatumstände aufzufassen sind, welchen anderseits nur objektive Bedeutung beizumessen ist, darüber läßt sich ein allgemeines Kriterium nur insofern aufstellen, als zu fragen ist: „Wird durch seine Kenntnis die Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit bedingt?"

Wo dieses zutrifft, muß bei jedem einzelnen Tatbestand untersucht werden; es ist zu prüfen, welche Merkmale nur, wenn bekannt, schuldbegründend sind und welche nicht, und welches Maß der Erkenntnis der als wesentlich erkannten Merkmale bei den einzelnen Delikten für die Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit der Tat notwendig ist.

Die hierhergehörigen Momente sind mannigfachster Art: Es kommen in Betracht: Sinnfällige Ereignisse und Eigenschaften, Tatsachen, obligatorische und dingliche Rechte und Pflichten, Rechtsverhältnisse, Rechtsbeziehungen, öffentlich rechtliche Befugnisse, rechtliche Eigenschaften von Personen, Sachen und Handlungen.

Danach kann die Unterscheidung zwischen Strafrechtsirrtum und Tatirrtum anderseits, für die nach § 59 unter allen Umständen relevante Unkenntnis nicht in Betracht kommen. Diese Unterscheidung könnte allenfalls bezüglich der Momente von Bedeutung sein, welche, wie wir gesehen haben, geeignet sind, die Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit trotz der Kenntnis der Tatumstände zu vereiteln. Aber auch hier dürfte als Kriterium genügen, ob der Irrtum die Möglichkeit der Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit ausgeschlossen hat oder nicht[5]); im ersteren Falle ist der Täter nicht oder wenigstens nicht vorsätzlich schuldig, im letzteren Falle ist die Schuldfrage zu bejahen.

---

[4]) Vgl. M. E. Mayer, MStR. S. 116.

[5]) Vgl. M. E. Mayer, Militärstrafrecht S. 35.

Wird das hier vorgeschlagene Kriterium bei der Beurteilung des Irrtums zugrunde gelegt, dann sind Resultate, wie: Irrtum darüber, ob der Dachs ein jagdbares Tier sei, ist zivilrechtlicher Irrtum (so RG. X, 234) — der Begriff „Kaufmann" ist ein strafrechtlicher (so RG. VIII 147, 421); oder der Religionslehrer, welcher irrtümlich ein Züchtigungsrecht annimmt, handelt in außerstrafrechtlichem Irrtum, der Artist dagegen, bei welchem ein Kind als Lehrling sich befindet, im gleichen Fall in einem Irrtum über eine strafrechtliche Norm (vgl. oben S. 63) ausgeschlossen; und vor allem sind damit die Schwierigkeiten vermieden, welche die häufig gekünstelte Konstruktion eines Irrtums als eines strafrechtlichen oder außerstrafrechtlichen mit sich bringt.

Insofern ist allerdings dem Reichsgericht unbedingt zuzustimmen, als es die Unkenntnis des Strafgesetzes, den Irrtum über sein Bestehen, seinen Inhalt, seine Tragweite[6]), seine Aufhebung, Art und Höhe der Strafe oder über Begriffe, welche das Strafgesetzbuch zur generellen Umgrenzung der unter das Strafgesetz fallenden strafbaren Handlungen oder zur Zusammenfassung einer Reihe von tatsächlichen evtl. auch rechtlichen Momenten verwendet (Glücksspiel, Urkunde, Unzucht) für unbeachtlich erklärt.

Ihre Berechtigung erhält die Ausscheidung dieses Irrtums als allgemein unbeachtlichen allerdings nur dadurch, daß er niemals geeignet ist, die Möglichkeit der Erkenntnis der Pflichtwidrigkeit durch den Täter in Frage zu stellen.

---

[6]) Hierzu RMG. V S. 299: Nur die Unkenntnis des Strafgesetzes, eine irrige Auffassung über den Sinn und die Tragweite der strafgesetzlichen Norm, soll keine Berücksichtigung finden. (Dieser Grundsatz war übrigens beispielsweise im bayr. Gesetz von 1861 Art. 70 ausdrücklich aufgestellt).